

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'ÉVOLUTION
DE LA
JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT
AU SUJET DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION
DANS LES MARCHÉS DE FOURNITURES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 4 février 1926, à 2 heures

PAR

Charles DESJONQUÈRES

Président : M. JACQUELIN, professeur

Suffragants { *MM. ROLLAND, professeur*
GIDEL, professeur

PARIS
JOUBE & C^e. ÉDITEURS
15, RUE RACINE, 15

—
1926

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'ÉVOLUTION
DE LA
JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT
AU SUJET DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION
DANS LES MARCHÉS DE FOURNITURES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 4 février 1926, à 2 heures

PAR

Charles DESJONQUÈRES

Président : M. JACQUELIN, professeur
Suffragants { *MM. ROLLAND, professeur*
GIDEL, professeur

PARIS
JOUBE & C^{ie}, ÉDITEURS
15, RUE RACINE, 15

—
1926

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



L'ÉVOLUTION

DE LA

JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT

AU SUJET DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION
DANS LES MARCHÉS DE FOURNITURES

INTRODUCTION

Toute législation sur les contrats repose sur l'irrévocabilité des engagements. Quand, suivant les termes de l'article 1100 du Code civil, « une ou plusieurs personnes « s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, « faire ou ne pas faire quelque chose », chacune d'elles renonce à sa liberté dans toute la mesure requise pour l'exécution de la convention; elle s'astreint à maintenir la volonté qu'elle manifeste jusqu'à l'entier accomplissement de la prestation promise, et consent par avance à subir les sanctions prévues par la loi pour le cas où elle manquerait à ses engagements. Le Code civil exprime cette force obligatoire du contrat avec une particulière énergie dans son article 1134 : « Les conventions légalement formées « tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

Le débiteur d'une prestation doit, en conséquence, apporter tous ses soins à l'exécution de son engagement. Il est responsable de toute inexécution volontaire et de toute faute, même non intentionnelle, qui met obstacle à l'accomplissement du contrat. Mais ses obligations sont-elles limitées à la réparation de ses fautes ? Ne doit-il pas en outre subir les conséquences de faits indépendants de la volonté des parties qui viennent modifier les conditions

d'exécution du contrat et les rendre plus onéreuses? En d'autres termes, la question se pose ici de savoir quelle est, dans un contrat, l'étendue des risques que doit assumer le débiteur de chaque obligation.

Si l'influence des circonstances extérieures ne peut guère se faire sentir dans les conventions qui reçoivent leur exécution dès leur conclusion, il en est tout autrement dans les contrats comportant des prestations différées, par exemple dans les ventes à livrer et dans le louage d'ouvrage : on peut dire que, dans ces contrats, jamais les conditions d'exécution ne sont exactement celles qui se trouvaient exister lors de l'échange des consentements; le milieu économique où doivent être accomplies les obligations réciproques étant complexe et changeant, les parties ne peuvent, en contractant, compter sur la permanence de la situation du moment.

S'il en est ainsi, chacune d'elles a pu prévoir certains risques et en a nécessairement tenu compte dans la détermination de la contre-partie de sa prestation. Bien plus, elle devra subir les conséquences des événements qu'elle n'a pas fait entrer dans ses calculs, mais qu'elle aurait dû prévoir; tout contractant est en droit d'escompter, en effet, un minimum de prévoyance chez l'autre partie, et celle-ci ne peut évidemment se prévaloir de son inexpérience et de la légèreté avec laquelle elle a apprécié ses risques pour échapper à ses obligations. Cette solution n'est pas commandée seulement par l'intention des parties et par les principes de notre législation; elle est imposée également par la nécessité d'assurer la sécurité des relations économiques, qui exige qu'à défaut de circonstances exceptionnelles les contrats ne puissent être remis en question et soient exécutés tels qu'ils ont été conclus.

Aux aléas normaux, nécessairement mis à la charge du débiteur, s'opposent les événements imprévisibles. Ce sont des faits dont le degré d'improbabilité est tel que les parties, malgré toute leur prévoyance, n'ont pu, lors de la conclusion de leur contrat, en envisager la survenance.

Doit-on mettre ces événements à la charge du débiteur

de la prestation? Ne doit-on pas décider, au contraire, que des circonstances dont l'éventualité a échappé aux calculs des parties ne peuvent aggraver la situation du débiteur? La solution de ce problème dépend de l'étendue qu'on donne aux obligations de chacun des contractants : si l'on reconnaît que chacune des parties ne peut être tenue que dans la mesure des prévisions normales d'un homme soucieux de ses intérêts, on est conduit à l'exonération du débiteur; si l'on estime, au contraire, qu'en s'engageant à fournir une prestation, le débiteur s'oblige à l'exécution coûte que coûte, on doit évidemment mettre à sa charge les événements imprévisibles.

C'est cette dernière solution qui triomphe dans notre droit civil, tel qu'il résulte des textes du Code et de l'interprétation qu'en donne une jurisprudence constante. Cette règle si rigoureuse ne comporte qu'une exception : le débiteur ne répond pas des cas de force majeure. Si l'accomplissement de sa prestation se heurte à un obstacle invincible, par la force même des choses le contrat ne peut plus recevoir son exécution. C'est ce qu'exprime l'article 1148 du Code civil, qui est ainsi conçu : « Il n'y a
« lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque, par suite d'une
« force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été em-
« pêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé ou a
« fait ce qui lui était interdit. »

Quant aux simples difficultés d'exécution, si graves qu'elles puissent être, une jurisprudence traditionnelle, basée sur les textes du Code civil, en impose la charge au débiteur de l'obligation. La distinction ainsi faite entre la force majeure et les difficultés d'exécution repose, non sur une différence de nature — ce sont toujours des faits étrangers à la volonté des parties — mais sur une différence dans la gravité des obstacles apportés à l'accomplissement de l'obligation. Si le fait survenu rend l'exécution impossible, le débiteur est libéré; mais, dans le cas contraire, il ne peut valablement invoquer la difficulté rencontrée pour se soustraire à l'accomplissement de ses engagements.

Tels sont les principes que la Cour de cassation a cru

devoir appliquer de la manière la plus stricte. Pour maintenir ces principes, cette juridiction qui, dans d'autres cas, n'a pas hésité, lorsque le besoin s'en faisait sentir, à apporter des tempéraments à des textes législatifs exprès, s'est refusée à adapter sa jurisprudence aux situations nouvelles nées du bouleversement économique qui a suivi la guerre. De là des décisions d'une rigueur extrême à l'égard de la victime des circonstances économiques nouvelles, qui ont été parfois jusqu'à consacrer l'expropriation partielle d'une des parties au profit de l'autre (1) et même jusqu'à consommer la ruine du débiteur.

Ces décisions ne pouvaient manquer de soulever les protestations de tous ceux qui n'acceptaient pas l'idée d'un divorce complet entre la règle de droit et l'équité. Tout l'effort des partisans de la révision ou de la résiliation des contrats bouleversés dans leur économie par un fait imprévisible a tendu à établir que le droit du créancier ne pouvait être considéré comme illimité, mais se trouvait paralysé par la survenance de l'événement imprévu. De là l'apparition de plusieurs théories fondées sur des bases très diverses et conduisant, selon le principe adopté, à une exonération plus ou moins étendue du débiteur, à une adaptation plus ou moins souple du contrat aux circonstances nouvelles (2).

Mais, au moment même où naissait ce mouvement doctrinal, le Conseil d'Etat achevait d'élaborer la construction juridique de la théorie dite de « l'imprévision », par laquelle il reconnaissait aux concessionnaires, fournisseurs et entrepreneurs des administrations publiques, dont les prévisions se trouvaient déçues par des événements extraordinaires et indépendants de la volonté des contractants,

1. V. notamment les arrêts rendus en ce qui concerne les baux à cheptel. Cf. Magnan de Bornier, *Essai sur la théorie de l'imprévision*. Thèse, 1924.

2. V. notamment Wahl, *Droit civil et commercial de la guerre*, II, p. 12 et s.; Bruzin, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*. Thèse, Bordeaux, 1922; Voirin, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*. Thèse, Nancy, 1922.

le droit de n'exécuter leurs marchés que moyennant une compensation.

Les premières applications de cette théorie, qui n'a pris toute son ampleur que depuis la Guerre, remontent au milieu du siècle dernier. Elle est le résultat d'une lente évolution dont les particularités tiennent d'une part au caractère mouvant de notre droit administratif, basé sur une législation incomplète, et d'autre part à l'organisation spéciale de notre justice administrative.

Juge du fait et du droit, n'ayant à subir le contrôle d'aucune juridiction supérieure, le Conseil d'Etat peut apprécier chaque espèce d'une façon concrète, en elle-même, et non pas seulement en considération de tel ou tel texte. Il peut, au gré des circonstances, modifier sa manière de voir et les principes de sa jurisprudence.

En bien des matières, les théories du Conseil d'Etat sont donc soumises à une transformation constante; elles s'élaborent à l'occasion de chaque espèce, se précisent ou se modifient quand apparaissent d'autres espèces qui présentent des particularités nouvelles. Le nombre relativement faible et les lacunes des textes législatifs de notre droit administratif lui laissent par ailleurs, en ce qui concerne l'établissement des règles générales qui guident sa jurisprudence, une liberté que les tribunaux de droit commun ne sauraient posséder. Les théories du Conseil d'Etat peuvent, en conséquence, s'adapter à chaque instant aux modifications des circonstances et des conceptions générales du droit administratif. Dans ces conditions, comme l'a dit M. Dufourmantelle (1), « tout exposé « rationnel de la théorie sera, avant tout, un historique de « la théorie. »

C'est par conséquent un exposé chronologique de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui sera fait dans les pages suivantes.

Il n'entre pas dans le cadre de cette étude d'exposer dans

1. Dufourmantelle, *La force majeure*, p. 70.

son ensemble la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'imprévision. On l'a déjà fait d'ailleurs (1).

Je laisserai donc de côté la jurisprudence relative aux marchés de travaux publics, c'est-à-dire aux marchés de travaux exécutés sur le domaine immobilier des personnes administratives, pour la construction d'ouvrages publics, leur entretien et leur exploitation. Je laisserai également en dehors de cette étude, à la seule exception de l'arrêt fondamental du 30 mars 1916, les décisions du Conseil relatives aux contrats de concession, c'est-à-dire aux contrats par lesquels les personnes administratives chargent un particulier de la construction des ouvrages nécessaires à un service public et de l'exploitation de ce service, en lui concédant le droit de percevoir des usagers, pour sa rémunération, des redevances ou taxes.

Le sujet de la présente étude se limite ainsi aux marchés de fournitures, en d'autres termes, selon la définition très complète qu'en donne M. Hauriou (2), aux « contrats « par lesquels les administrations publiques se procurent, » par l'intermédiaire d'un entrepreneur, des objets mobiliers, des denrées ou matières et même des services « (par exemple des services de transport maritime ou « même des services de transport terrestre par autobus), « le tout par une opération qui s'analyse en une vente ou « qui, si elle s'analyse en un louage d'ouvrage, n'a pas « pour résultat la création d'un ouvrage public. »

Cette étude sera divisée en cinq chapitres.

Les deux premiers seront consacrés, l'un aux sources de la théorie de l'imprévision, l'autre aux applications qu'en a faites le Conseil d'Etat avant la guerre de 1914.

J'exposerai, dans un troisième chapitre, les principes fondamentaux de cette théorie, tels qu'ils résultent de l'arrêt rendu le 30 mars 1916 dans l'affaire du Gaz de Bordeaux. Bien que cet arrêt concerne une concession de service public, il ne saurait être question de le passer ici sous

1. V. Saint-Marc, *De l'imprévision dans les contrats administratifs*. Thèse, Paris, 1918.

2. *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., p. 792.

silence : il constitue, en effet, une décision fondamentale qui a exercé sur la jurisprudence postérieure, relative aux marchés de fournitures, une influence décisive et sans laquelle on ne peut se rendre compte de l'évolution de cette jurisprudence.

Les deux derniers chapitres auront trait : l'un aux applications aux marchés de fournitures conclus avant le début de la Guerre et exécutés postérieurement, l'autre aux marchés passés depuis l'ouverture des hostilités.

CHAPITRE PREMIER

SOURCES DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION DANS LES MARCHÉS DE FOURNITURES

La force majeure a pour effet unique et nécessaire la résolution du contrat : elle rend impossible l'exécution de l'obligation d'une des parties, et comme les engagements réciproques nés d'une convention synallagmatique sont solidaires les uns des autres, elle éteint du même coup l'obligation de l'autre partie (1). Si la théorie de l'imprévision, dont les faits constitutifs sont, comme les cas de force majeure, absolument étrangers à la volonté des parties, était une simple extension de la théorie de la force majeure, elle aurait la même sanction : la résolution du contrat. Or, il n'en est pas ainsi : les faits qui donnent lieu à l'application de la théorie de l'imprévision, s'ils rendent plus difficile et plus onéreuse l'exécution des obligations, ne mettent pas un obstacle invincible à cette exécution.

Le juge administratif, en décidant que les conséquences des événements imprévisibles ne sont pas à la charge du débiteur, n'est pas forcément entraîné à proclamer la résolution du contrat ; il peut tout aussi bien — et c'est là un des traits distinctifs de la théorie de l'imprévision — se borner à accorder au fournisseur une compensation équitable. Cette solution du problème de l'imprévision paraît avoir été adoptée par le Conseil d'Etat sous une double influence : celle des stipulations contractuelles introduites dans certains contrats administratifs et mettant à la charge de l'Administration certains

1. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, 3^e éd., nos 1336 et 1337.

aléas, et d'autre part celle de la théorie dite « théorie indemnitaire », en vertu de laquelle le Conseil d'Etat accorde une réparation au concessionnaire ou à l'entrepreneur dont le contrat se trouve bouleversé par un acte de la puissance publique.

§ 1. — STIPULATIONS CONTRACTUELLES ACCORDANT UNE INDEMNITÉ AUX FOURNISSEURS ET ENTREPRENEURS

Les stipulations de ce genre, insérées dans les marchés de fournitures, ont une origine lointaine. Elles figurent déjà dans les marchés du temps de la Restauration (1).

Généralement, et surtout dans les espèces anciennes, l'indemnité n'est accordée qu'à raison de la survenance de certains cas de force majeure limitativement énumérés.

C'est ainsi, par exemple, que certains marchés mettent à la charge de l'Etat la réparation du dommage résultant des cas de force majeure suivants : l'inondation et l'incendie (2), la prise ou destruction par l'ennemi (3) les épizooties dans les parcs à bestiaux (4). Nombre d'arrêts postérieurs contiennent des stipulations analogues.

Parfois, les causes d'indemnité sont plus nombreuses et comprennent tous les cas de force majeure. Tel est le marché de la Compagnie Lafitte, objet d'un arrêt du 27 mai 1839 (5), qui stipule : « Hors les cas de force majeure, tels qu'ils sont définis par le Code civil, l'entrepreneur renonce formellement à réclamer aucune indemnité quelque conque pendant le cours du marché. »

Il arrive même que le droit à indemnité résulte, non d'un cas de force majeure, mais d'une simple difficulté d'exécution analogue à celles à l'occasion desquelles a été

1. 14 juillet 1824, *Sollier* (Lebon, p. 414); 1^{er} septembre 1824, *Lisfranc et Laas* (Lebon, p. 541).

2. 1^{er} décembre 1819, *Collas* (S. 1819-1821, 2, p. 157); 4 juillet 1824, *Sollier* (Lebon, p. 414).

3. 1^{er} septembre 1825, *Lisfranc et Laas* (Lebon, p. 541).

4. 22 février 1826, *Cassabois* (Lebon, p. 111).

5. 27 mai 1839, *C^{ie} Lafitte* (Lebon, p. 300). V. encore 19 juin 1856, *Dubourg* (Lebon, p. 432); 26 août 1858, *Mayer* (Lebon, p. 608).

fondée la théorie de l'imprévision. C'est ainsi qu'un marché de transport spécifie que « en cas de guerre maritime, il « sera accordé au soumissionnaire une augmentation de « prix égale à celle dûment constatée qu'aura pu subir le « transport par mer depuis la déclaration de guerre (1). »

Non seulement les clauses prévoyant l'octroi d'une indemnité au fournisseur, à raison soit de cas de force majeure, soit d'augmentation du prix de revient figurent dans de nombreux marchés, mais elles ont fini par devenir assez fréquentes pour que l'Administration les insérât dans certains cahiers de clauses et conditions générales. Un arrêt du 17 juin 1848 (2), relatif à un marché de fournitures de viandes, en particulier, constate, en se fondant sur les termes de l'article 335 du règlement du 1^{er} avril 1831 qui régissait ce marché, que le renchérissement des denrées « ne peut donner lieu à aucune augmentation des prix « stipulés dans les marchés »; mais que « néanmoins, si, « par suite d'événements de force majeure ou de circonstances telles qu'un rassemblement considérable de « troupes, ce renchérissement s'élevait à plus de 25 %, « il pourrait être accordé une indemnité aux fournisseurs, « à moins qu'ils ne préférassent la résiliation de leur marché. »

De nombreux arrêts se réfèrent à des actes réglementaires contenant des dispositions analogues (3).

Faut-il voir dans les stipulations dont il vient d'être parlé la source immédiate de la théorie de l'imprévision appliquée aux marchés de fournitures? Il ne le semble pas. Les éventualités ci-dessus mentionnées étaient entrées dans les calculs des parties, puisqu'elles ont fait l'objet des stipulations inscrites soit dans les marchés, soit dans les clauses et conditions générales imposées par les administrations. Il ne saurait être question ici d'imprévision que si le Conseil d'Etat, généralisant les dispositions dont il

1. 20 juin 1837, *Mauguin* (Lebon, p. 257).

2. 17 juin 1848, *Trémerel* (Lebon, p. 377).

3. 14 mai 1875, *Serp et Massart* (Lebon, p. 477); 24 décembre 1880, *Becker* (Lebon, p. 1075); 28 mars 1888, *Parry* (S. 1890.3.23), etc.

s'agit, les avait appliquées à des faits autres que ceux expressément visés dans les contrats. Or, il n'en est pas ainsi : le Conseil d'Etat a toujours interprété ces stipulations strictement dans les marchés de fournitures. Seuls, à ses yeux, peuvent donner droit à une indemnité les faits énumérés dans les contrats passés par les fournisseurs (1).

Mais les pratiques administratives dont il vient d'être question, si elles ne sont pas, dans les marchés de fournitures, la source immédiate de la théorie de l'imprévision, n'en ont pas moins, semble-t-il, exercé une action indirecte sur la jurisprudence du Conseil d'Etat : cette influence paraît d'autant plus vraisemblable que les clauses des marchés prévoyant l'attribution d'une indemnité éventuelle au fournisseur ont été d'abord introduites dans les contrats du Ministère de la Guerre (2) et que c'est notamment aux marchés de fournitures de ce département qu'ont été faites les premières applications de la théorie de l'imprévision.

Plus frappante encore a été l'influence exercée par les stipulations d'indemnité inscrites dans les clauses et conditions générales de l'Administration des Ponts et Chaussées qui régissent tous les marchés de travaux publics. Ce ne sont pas ici, comme dans les marchés de fournitures, des clauses exceptionnelles. Elles ont une portée générale et tendent à limiter aux aléas normaux les risques de l'entreprise. La principale d'entre elles est la limitation des dépassements de prix laissés à la charge de l'entrepreneur au sixième de la partie non encore exécutée des travaux (art. 33 des clauses et conditions générales).

De très bonne heure, le Conseil d'Etat a été amené à considérer que les règles édictées par les clauses et conditions générales des Ponts et Chaussées n'étaient pas limitatives et constituaient les applications d'un principe

1. V. en ce sens : 1^{er} décembre 1819, *Collas*; 1^{er} septembre 1825, *Lisfranc et Laas*; 22 février 1826, *Cassabois*; 27 mai 1839, *Compagnie Lafitte*; 28 mars 1888, *Parry*, précités.

2. V. les arrêts ci-dessus indiqués,

général qui était celui de la limitation des risques de l'entrepreneur. C'est pourquoi, il n'a pas hésité à accorder des indemnités dans des cas non prévus par les conditions générales, et en particulier dans des espèces où l'entrepreneur avait rencontré, dans l'exécution de terrassements, des difficultés que n'avaient décelées ni l'étude des terrains, ni les sondages opérés. De là toute une série d'arrêts, dont le plus ancien est de 1854, et qui furent les premières applications de la théorie de l'imprévision (1) De là, par voie d'analogie, cette jurisprudence s'est étendue aux marchés de fournitures dans les dernières années du Second Empire, et il faut voir là la meilleure preuve de l'influence exercée sur la jurisprudence relative aux marchés de fournitures par les stipulations contractuelles attribuant aux entrepreneurs de travaux publics une indemnité pour dépassement de leurs prévisions initiales.

§ 2. — THÉORIE INDEMNITAIRE AU CAS D'AGGRAVATION DES CHARGES CONTRACTUELLES DU FOURNISSEUR PAR UN ACTE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE

En principe, il ne peut être accordé d'augmentation de prix au fournisseur, si cette augmentation n'est pas stipulée dans le contrat.

Mais, bien entendu, le fournisseur est fondé à réclamer, conformément au droit commun, une indemnité en cas de violation de son contrat par l'Administration : toute faute de celle-ci entraîne pour le fournisseur le droit à une réparation (2).

Mais il est des actes de l'Administration qui, sans constituer une faute de l'Etat, peuvent causer un préjudice au fournisseur : ce sont les actes de la puissance publique qui viennent accroître les charges contractuelles de ce dernier.

Il est de règle que le dommage causé par tout acte

1. 23 janvier 1862, *Oliva* (Lebon, p. 1108).

2. V. notamment 13 janvier 1859, *Lescuyot* (Lebon, p. 23); 20 juin 1873, *Escalle* (Lebon, p. 567).

d'autorité, dans le cas du moins où la puissance publique s'exerce légalement et régulièrement, ne peut ouvrir aucun recours à l'individu lésé.

Il est en ainsi notamment de la loi. « Les pouvoirs du « Parlement, dit M. Laferrière, (1) étant sans limites, les « lois qu'il a votées ne sont susceptibles, quant elles sont « régulièrement promulguées, d'aucune espèce de recours, « même pour violation de la constitution; elles constituent « donc, au premier chef, des actes de souveraineté, et les « dommages qu'elles causent aux particuliers ne peuvent, « sauf disposition contraire, donner lieu à une action en « responsabilité contre l'Etat. »

De même, selon M. Teissier (2), « les actes administratifs, « quand ils ont été légalement pris, les décisions des auto- « rités administratives de toute nature, quand elles sont « régulières en la forme et au fond, ne peuvent, à raison des « dommages qu'ils causent, ni faire l'objet d'un recours « en annulation, ni — tout au moins dans les situations « non contractuelles — donner ouverture à des actions « en responsabilité contre la puissance publique. »

L'irresponsabilité de la puissance publique, comme il ressort des termes mêmes employés par M. Teissier, souffre certaines dérogations. Si elle vient notamment à porter atteinte aux bases d'un contrat administratif, si elle rend plus onéreuse l'exécution des obligations du contractant de l'Administration, alors celle-ci pourra souvent prétendre, même dans le silence de son contrat, à une indemnité. « Lorsque des actes législatifs, dit encore M. Teissier, « empêchent l'exécution d'une convention intervenue antérieurement entre l'Etat et une partie privée, ou lorsqu'ils « modifient gravement les bases de cette convention, il « peut y avoir lieu à responsabilité de l'Etat, à raison de « l'aggravation des charges de la partie qui a contracté « avec lui, sans qu'il soit besoin de clause formelle prévoyant cette éventualité. » Et plus loin l'auteur ajoute : « Nous avons vu que, si général que soit le principe de

1. *Traité de la jurisprudence administrative*, II, p. 12.

2. G. Teissier, *Responsabilité de la puissance publique*, n° 149.

« l'irresponsabilité de la puissance publique à raison
 « d'actes législatifs, l'Etat pouvait cependant encourir, du
 « fait de la promulgation de certaines lois, des responsabilités
 « financières, lorsque ces lois faisaient obstacle à l'exécution
 « d'engagements contractuels ou tout au moins portaient de graves atteintes à ces engagements. Il faut
 « décider de même si ces obstacles ou ces atteintes aux
 « obligations conventionnelles de l'Etat et de ses démem-
 « brements sont imputables à des actes administratifs,
 « quelque légaux et réguliers qu'ils puissent être et
 » encore qu'ils ne puissent faire l'objet d'un recours en
 « annulation (1). »

Quel est le fondement du droit à indemnité ainsi reconnu au fournisseur ? Pour M. Louveau, (2) l'exercice de la puissance publique ne peut être la source d'une responsabilité ; en accomplissant un acte d'autorité, l'Administration ne commet aucune faute contractuelle envers son fournisseur ; loin d'avoir à s'abstenir, elle a le devoir, en qualité de gardienne de l'intérêt général, de prendre toutes les mesures utiles pour assurer le bon fonctionnement du service public. Les actes ainsi accomplis ont le caractère de « faits du prince » qui ouvrent au fournisseur lésé, dans les mêmes conditions que tout autre cas fortuit, le droit au bénéfice de la théorie de l'imprévision.

Cette opinion paraît mal fondée. C'est une erreur d'assimiler ici le fait du prince à la force majeure. Le cas de force majeure est un obstacle insurmontable et indépendant de la volonté des parties. Or, il ne saurait être question de force majeure dans l'hypothèse ci-dessus envisagée

1. G. Teissier, *op. cit.*, n° 163.

2. Louveau, *Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif*. Thèse, 1920. Rennes, p. 66. La même opinion paraît partagée par M. Saint-Marc (*De l'imprévision dans les actes administratifs*. Thèse, Paris, 1918) qui classe, parmi les applications de la théorie de l'imprévision, diverses décisions où le bouleversement des prévisions des parties est dû à un fait de l'Administration, notamment les arrêts des 1^{er} février 1829, Moreau (Lebon, p. 28) ; 20 juin 1873. Escalle (Lebon, p. 567) ; 3 juillet 1864, Josserand (Lebon, p. 647) ; 20 mai 1904. Gloannec (Lebon, p. 430).

où l'acte de puissance publique qui bouleverse l'économie du contrat, au lieu d'être subi par les deux parties, est l'œuvre réfléchie de l'une d'elles. C'est, dans ce cas, la modification volontaire des conditions du contrat qui est la source de la responsabilité de l'Administration.

M. Louveau, il est vrai, fait valoir à l'appui de sa thèse cette considération que l'exercice de la puissance publique, qui est une obligation pour l'Etat, n'est pas une faute et ne saurait obliger l'Administration à une réparation. Mais c'est une erreur absolue de penser que la faute seule peut être la source d'une indemnité; il en est de même du fait du débiteur. C'est ce que décide notamment l'article 1042 du Code civil qui déclare le legs caduc si la chose a péri depuis la mort du testateur « sans le fait et la faute « de l'héritier; » c'est ce que décide encore l'article 1245 du même Code qui est ainsi conçu : « Le débiteur d'un « corps certain et déterminé est libéré par la remise de la « chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison, « pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne « viennent point de son fait ou de sa faute. » Le fait et la faute ne sont d'ailleurs pas des synonymes pour les rédacteurs du Code. « Il n'est pas impossible, dit M. Planiol, (1) « de concevoir un fait du débiteur qui ne constituerait pas « une faute et dont il serait néanmoins responsable. Potier nous en donne un exemple. Un héritier trouve « dans la succession une chose qui a été léguée par le « défunt dans un testament dont il ignore l'existence et « la détruit. Il n'est pas libéré, car l'impossibilité d'exécution ne dérive ni d'un cas fortuit, ni d'une force majeure; « elle a une cause imputable au débiteur, bien que celui-ci « ne soit pas en faute. Le légataire aura donc le droit de « recevoir en argent l'équivalent de la chose léguée. »

Aucun principe juridique ne s'oppose donc à la reconnaissance de la responsabilité contractuelle des personnes administratives à raison des actes de puissance publique qu'elles accomplissent. « Il est inadmissible, écrit M. Ti-

1. *Traité élémentaire de droit civil*, 3^e éd., II, n^o 623.

« rare (1), que le prince ne puisse se prévaloir de son propre
 « fait. Il serait inique que la puissance publique, sous le
 « couvert d'actes d'autorité, puisse, sans compensation,
 « se dégager du lien du contrat Au regard des parties
 « contractantes, l'acte législatif ou réglementaire n'est pas
 « une règle générale et impersonnelle comme au regard des
 « autres citoyens; il porte atteinte à une situation juridi-
 « que préétablie; comme tous les contrats, le contrat
 « entre la puissance publique et le particulier doit s'inter-
 « prêter de bonne foi : la puissance publique s'est engagée
 « tacitement à ne rien faire qui nuise à son cocontractant,
 « à ne pas user inconsidérément et sans compensation de ses
 « pouvoirs exorbitants. »

M. Teissier (2) prête à cette opinion l'appui de sa haute autorité; il estime, comme M. Tirard, que le fondement de la responsabilité de l'Etat est l'inexécution de ses obligations contractuelles. Mais cette responsabilité n'est, aux yeux de M. Teissier, ni générale, ni absolue. Tout acte de puissance publique portant préjudice au cocontractant de l'Administration ne lui donne pas nécessairement droit à une indemnité. Il faut excepter de la règle non seulement les actes pour lesquels le législateur refuse au contractant lésé, expressément ou tacitement, toute indemnité, mais encore ceux qui lui imposent « une de ces charges générales qui
 « frappent tous les citoyens ou toute la catégorie d'indus-
 « triels et de commerçants à laquelle il appartient. » En d'autres termes, M. Teissier ne reconnaît au contractant lésé le droit à une indemnité que s'il a subi, par le fait de la puissance publique, un dommage excédant le sacrifice pécuniaire normalement exigé des citoyens par le législateur ou, pour reprendre l'expression habituellement employée par les auteurs du droit administratif, un dommage « spécial. »

La séparation profonde qui existe entre la théorie de l'imprévision et celle de la responsabilité des personnes pu-

1. *De la responsabilité de la puissance publique*. Thèse, Paris, 1906, p. 236.

2. G. Teissier, *op. cit.*, n° 25.

bliques, à raison de leurs actes d'autorité, est confirmée par l'étude de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Au moment où apparaissent les premières décisions consacrant la responsabilité contractuelle de la puissance publique (1), non seulement la théorie de l'imprévision n'existe pas encore, mais le Conseil d'Etat répugne à reconnaître à la force majeure le caractère d'une cause d'exonération de responsabilité pour le fournisseur. Lorsqu'il s'agit, notamment, de l'application des pénalités prévues au marché, le fournisseur n'est pas admis à faire valoir, pour échapper à toute retenue sur le prix de son marché, les obstacles insurmontables qu'il a rencontrés (2).

Puisque le Conseil d'Etat, sous la Restauration et la Monarchie de Juillet, se montre si sévère pour les fournisseurs, puisqu'il pousse la rigueur au point de leur refuser l'application des principes traditionnels de notre droit et de mettre à leur charge tous les aléas du marché, peut-on admettre un seul instant que l'attribution d'une indemnité au fournisseur lésé par un acte d'autorité soit une première application de la théorie de l'imprévision?

Dans une jurisprudence qui n'assigne aucune limite aux risques de l'entrepreneur, l'indemnité accordée ne peut être que la sanction de l'atteinte unilatérale portée par la puissance publique aux bases du marché; les mesures prises par la puissance publique ne constituent pas des fautes; mais elles sont la cause de l'augmentation des charges du fournisseur. C'est là qu'est la source de la responsabilité des personnes administratives proclamée par de nombreux arrêts, non seulement dans le cas où l'Etat tire un profit pécuniaire des mesures par lui prises (3), mais aussi dans celui où l'Etat ne retire aucun avantage direct de l'acte qui lèse le fournisseur (4).

1. 1^{er} février 1829, *Moreau* (Lebon, p. 28).

2. 17 novembre 1824, *Bénard* (Lebon, p. 634); 2 août 1838, *Hermil*, Lebon, p. 475; 20 mars 1838, *Darblay* (Lebon, p. 176); 9 décembre 1842, *Mirabel-Chambard* (Lebon, p. 502).

3. 1^{er} février 1829, *Moreau* précité; 26 avril 1844 *Coulaux et consorts* (Lebon, p. 256).

4. 7 avril 1844, *Bazille et Castelnau* (Lebon, p. 233).

Mais, si le fondement de la responsabilité contractuelle de l'Etat à raison de ses actes d'autorité est fort différent de celui de la théorie de l'imprévision, il ne faudrait pas en conclure que la première de ces deux théories jurisprudentielles ait été sans influence sur la formation de la seconde. Pour que la responsabilité pécuniaire de l'Etat se trouve engagée, il ne suffit pas qu'un acte d'autorité, imposant au fournisseur un préjudice extraordinaire, ait été accompli; il faut encore que le fournisseur n'ait pu prévoir, en contractant, l'acte dont il s'agit; si l'acte pouvait être prévu, il a dû nécessairement entrer dans les calculs du fournisseur qui ne peut dès lors valablement prétendre à une indemnité. Ainsi le problème de l'étendue des prévisions qu'a pu faire raisonnablement le fournisseur se pose ici dans les mêmes termes que dans le cas où l'obstacle à l'exécution du marché est indépendant de la volonté de l'Administration; et comme, dans la pratique, l'appréciation des prévisions du fournisseur est fort délicate, elle tient une large place dans les motifs des arrêts.

« Considérant, dit un arrêt du 14 novembre 1834 (1), que
 « les sieurs Aubry père et fils, entrepreneurs de fournitures
 « éventuelles de vin (2) à fournir à la garnison de Paris,
 « allèguent qu'ils ont éprouvé, par suite de fournitures
 « extraordinaires de vin faites à la dite garnison pendant
 « l'invasion du choléra morbus, un préjudice pour la réparation duquel ils demandent une indemnité.—Considérant
 « que ces fournitures extraordinaires ont été nécessitées
 « par un événement qui ne pouvait être prévu ni par le
 « ministre, ni par le soumissionnaire au moment où le
 « marché du 15 décembre 1831 a été passé et que par conséquent elles ne peuvent être considérées comme faisant
 « partie des fournitures éventuelles que les soumissionnaires s'étaient engagés à faire à un prix convenu aux
 « termes dudit marché. »

1. *Aubry* (Lebon, p. 729).

2. On appelait fournitures éventuelles de vin des distributions faites aux troupes à l'occasion des revues, des inspections, de la fête du roi, etc.

Dans l'arrêt Josserand (1) du 13 juillet 1864, le Conseil d'Etat n'insiste pas moins sur le caractère imprévu des mesures prises par l'Etat.

Entrepreneur de la fourniture des vivres à la ration pendant l'année 1864, dans l'arrondissement de Douera, le fournisseur n'était tenu que de livrer 25 rations par jour pour le service de la Maison Carrée. Un rassemblement de troupes inattendu en cet endroit l'ayant obligé à des fournitures beaucoup plus considérables, l'entrepreneur réclama une indemnité pour les frais de transport extraordinaires auxquels il avait dû faire face. Le Conseil d'Etat lui donna gain de cause en ces termes : « Considérant qu'il résulte de « l'instruction que les fournitures de vivres effectuées par « le sieur Josserand, en septembre 1860, aux troupes fran- « çaises et indigènes rassemblées extraordinairement aux « environs de la Maison Carrée ont eu lieu dans des cir- « constances exceptionnelles qui n'avaient pu être prévues « à l'époque où cet entrepreneur avait soumissionné le « service des vivres dans l'arrondissement de Douera; qu'en « tenant compte des circonstances, il y a lieu d'accorder au « sieur Josserand les frais de transport par lui réclamés (2).

Remarquons d'autre part, dans les deux arrêts précités, que si l'indemnité est la conséquence d'un acte de l'Etat, d'une augmentation par la seule volonté de l'Administration des prestations promises, cette augmentation n'est nullement arbitraire. L'Etat n'est pas libre d'ordonner ou de ne pas ordonner cet accroissement de fournitures; il agit sous l'empire d'une nécessité, sous la pression des circonstances : dans la première espèce, c'est une épidémie qui survient brusquement et l'oblige à prendre en toute hâte les mesures indispensables pour la santé des troupes; dans la seconde, c'est l'obligation de faire face aux besoins d'un rassemblement extraordinaire de troupes. Le caractère de nécessité est marqué par les arrêts qui attachent l'impré-

1. Lebon, 1864, p. 657.

2. Cf. 30 janvier 1868, *Morel Thibaut* (Lebon, p. 120); 2 février 1877. *Rueff* (Lebon, p. 122); 20 janvier 1883, *Barbe* (Lebon, p. 36); 10 décembre 1909, *La Balme* (Lebon, p. 975).

vision non pas aux mesures prises par le gouvernement, mais aux circonstances qui les ont rendues indispensables.

Les deux arrêts qui viennent d'être énoncés représentent donc une transition entre la jurisprudence accordant une indemnité au fournisseur lésé par un acte d'autorité et les premiers arrêts consacrant la théorie de l'imprévision.

Encore quelques années, et se trouvera franchie la distance qui sépare l'acte d'autorité, justifié par les circonstances, des faits indépendants de la volonté des parties : ces derniers faits, à leur tour, permettront au fournisseur de réclamer une indemnité et la théorie de l'imprévision sera fondée.

CHAPITRE II

LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION AVANT LA GUERRE DE 1914

La jurisprudence du Conseil d'Etat, à l'égard des difficultés d'exécution rencontrées par le fournisseur, est passée avant la guerre de 1914 par plusieurs phases.

Complètement inexistante pendant la première moitié du xix^e siècle, la théorie de l'imprévision prend naissance à la fin du second Empire et reçoit un certain nombre d'application à l'occasion des diverses guerres soutenues par la France, notamment de la guerre de 1870. Puis elle reparait, après une période d'éclipse, dans les premières années du xx^e siècle, où elle se trouve consacrée par quelques arrêts.

§ 1^{er}. — PREMIERE PÉRIODE : PÉRIODE ANTÉRIEURE AUX DERNIÈRES ANNÉES DU SECOND EMPIRE

Dans cette période qui se termine vers la fin du second Empire, la jurisprudence du Conseil d'Etat est nettement étrangère à la notion de l'imprévision. On trouve cependant quelques décisions anciennes où le Conseil d'Etat reconnaît au profit des fournisseurs le principe du droit à une indemnité. Voici les circonstances de l'un de ces arrêts.

Chargée de la fourniture des fourrages aux troupes ennemies occupant la France, la C^{ie} Boubée (1) réclamait une compensation :

1. 18 avril 1821, *Boubée* (1^{re} espèce) *Boubée et Leleu* (2^e espèce) (Lebon, II, p. 521) ; V. encore 30 mai 1821, *Cousin* (S. 1819.1821.2.409).

1^o A raison de la rareté des fourrages que, par suite de la sécheresse, il était devenu presque impossible de se procurer, ce qui, au dire des requérants, constituait un cas de **force majeure**;

2^o Pour violation de marché par l'Administration qui, au lieu de les payer en argent, leur avait remis des effets sur le Trésor qui n'avaient été négociés qu'avec perte.

Le Conseil d'Etat rendit l'arrêt suivant :

« Considérant, sur le conclusions du sieur Boubée, en ce
« qui concerne le droit positif que les requérants prétendent
« avoir à une indemnité,

« Que ce droit ne peut être établi ni sur les clauses du marché, ni sur aucune pièce émanant du ministre ou du sous-secrétaire d'Etat à la guerre à l'époque où le service a été fait — qu'ainsi leur demande n'est pas fondée.

« Mais qu'il résulte des documents et des circonstances de l'affaire qu'il peut y avoir lieu de leur accorder une indemnité équitablement arbitrée. — Mais que cette demande ne peut nous être présentée par la voie contentieuse. »

Il est difficile de considérer cet arrêt comme une ébauche de la théorie de l'imprévision. D'une part, en effet, l'indemnité accordée aux fournisseurs n'est qu'une indemnité gracieuse; d'autre part et surtout, les termes de l'arrêt ne permettent pas de distinguer si cette indemnité est accordée pour la rareté imprévue des fourrages ou pour la faute reprochée à l'Etat par les requérants. La décision précitée et les deux autres rendues dans le même sens et citées en note sont d'ailleurs isolées.

Pendant les quarante années qui suivirent, le Conseil d'Etat rejeta sans distinction toutes les demandes d'indemnité. Les arrêts rendus pendant cette période peuvent se classer en trois catégories.

1^o Arrêts concernant des marchés qui par une stipulation expresse refusent par avance toute indemnité au fournisseur.

Telle est l'affaire de la C^{ie} Lafitte du 27 mai 1839 (1).

1. Lebon 1839, p. 300. V. encore 2 mai 1861, *Dato* (Lebon, p. 318).

Le marché des fournisseurs qui étaient chargés des fournitures de l'Hôtel des Invalides contenait la clause suivante :

« Hors les cas de force majeure, tels qu'ils sont définis « par le Code Civil, l'entrepreneur renonce formellement à « réclamer aucune indemnité quelconque pendant le cours « du marché. »

Survient une épidémie de grippe qui, en trois mois, occasionne plus de journées de maladie que les terribles épidémies de choléra des années précédentes. La Compagnie demande une indemnité pour les dépenses extraordinaires qu'elle a faites pour l'ameublement, le chauffage et l'éclairage de salles nouvelles, en alléguant que la grippe, maladie nouvelle en France, était un cas de force majeure. Le Conseil d'Etat, « considérant que les circonstances dont « se prévaut la Compagnie requérante ne constituent pas « le cas de force majeure prévu par l'article 15 du marché, » repousse la demande.

Il est clair que l'épidémie, rendant le marché plus onéreux, ne constituait pas l'impossibilité absolue d'exécution que le Conseil d'Etat considérait alors comme la seule cause d'exonération du fournisseur. De plus, la renonciation contractuelle par les fournisseurs à toute indemnité hors les cas de force majeure, étant donné les conceptions dominantes à cette époque sur l'étendue des obligations du débiteur, rendait bien difficile en l'espèce l'admission de la requête présentée au Conseil d'Etat.

2^o Arrêts relatifs à des marchés aux termes desquels le fournisseur a droit à une indemnité dans certains cas déterminés et qui gardent le silence sur les droits du fournisseur dans les autres hypothèses.

Ici encore le Conseil d'Etat refuse toute indemnité dans les cas non expressément prévus.

Arrêt Mauguin du 20 juin 1837 (1). — Le marché passé par ce fournisseur pour l'exécution de transports par mer

1. Lebon, 1837, p. 257. V. encore 6 juillet 1854, *Nizerolles* (Lebon, p. 622); 18 juin 1856, *Dubourg* (Lebon, p. 432); 27 novembre 1867, *Bordenave* (Lebon, p. 881).

stipulait dans son article 30: « En cas d'une guerre maritime, « il sera accordé au soumissionnaire une augmentation « de prix égale à celle dûment constatée qu'aura pu subir le « transport par mer depuis le moment de la déclaration de « guerre. » A la suite d'une hausse de taux des frêts, l'entrepreneur demande un supplément de prix que le Conseil d'Etat refuse dans les termes suivants :

« Considérant que, aux termes de l'article 30 du cahier « des charges, le fournisseur ne pouvait avoir droit à une « augmentation de prix qu'autant que le renchérissement « du frêt aurait été la conséquence de la guerre ; qu'il « résulte de l'instruction que la hausse qui a existé doit être « attribuée à des circonstances purement locales et notament au mauvais état de l'embouchure du Rhône, à la « lutte qui existait entre les capitaines et les expéditeurs « et à l'affluence des bois de construction. »

Si l'on rapproche les termes du cahier des charges des motifs de l'arrêt, on constate que l'article 30 du cahier des charges ne stipule nullement que l'indemnité qu'il prévoit soit la seule à laquelle puisse prétendre le fournisseur. Visiblement, le Conseil d'Etat estime que les clauses attributives d'indemnité qui peuvent être inscrites dans les marchés sont déroatoires au droit commun et doivent en conséquence être interprétées *stricto sensu*. On s'explique, dans ces conditions, que la Haute Juridiction refuse également toute augmentation de prix dans les hypothèses ci-après analysées, où le marché ne contient aucune stipulation relative à l'indemnisation éventuelle du fournisseur.

3^o Arrêts rendus sur des marchés ne contenant aucune stipulation d'indemnité au profit du fournisseur.

Ces espèces sont, en apparence tout au moins, plus favorables aux fournisseurs, puisque les marchés ne renferment aucune disposition attribuant une indemnité au fournisseur dans certains cas et d'où on puisse, par une augmentation *a contrario*, tirer cette conséquence qu'aucune indemnité ne peut être attribuée dans les hypothèses non prévues. Toutefois même dans ce cas, comme nous l'avons

déjà indiqué plus haut, le Conseil d'Etat n'attribue cependant aucune indemnité aux requérants.

Les exemples d'arrêts de cette nature sont nombreux.

Voici les principaux :

A) *Affaire Mantout, du 2 février 1846* (1). — Le fournisseur, qui devait exécuter ses obligations en Algérie, demande une indemnité à raison d'une hausse des prix qui avait suivi la reprise des hostilités avec les tribus indigènes. Il ne semble pas que cette hausse des prix ait été contestée par l'Administration. Le Conseil d'Etat rejette cependant la requête, à raison de l'absence de toute clause du marché accordant une indemnité au fournisseur en cas de guerre.

« Considérant, décide l'arrêt, qu'il résulte des clauses des « marchés que le sieur Mantout s'est engagé à faire, dans « les provinces d'Alger et d'Oran, l'approvisionnement de « la viande fraîche aux troupes, sans distinction entre le « temps de paix et le temps de guerre, et que la circonstance de la reprise des hostilités n'a pu modifier les engagements qu'il a contractés et changer les conditions de « ses marchés. »

B) *Affaire Médan, du 28 janvier 1858* (2). — Il s'agit ici d'un marché pour la fourniture de la viande aux troupes dans l'arrondissement de Biskra. Le fournisseur prétendait être indemnisé des conséquences d'un renchérissement notable qui avait rendu le marché onéreux. Le Conseil d'Etat rejeta sa requête ainsi qu'il suit :

« Considérant que le sieur Médan ne justifie d'aucune « convention par laquelle l'Administration se soit engagée « à revenir sur les prix du marché par lui souscrit pour la « fourniture de la viande nécessaire aux troupes de « l'arrondissement de Biskra, et qu'en supposant que le « renchérissement du prix de la viande ait rendu onéreuse « pour le fournisseur l'exécution du dit marché, ce fait, « qui rentre dans les chances ordinaires d'une telle entreprise, n'est pas de nature à donner ouverture à une action « en indemnité. »

1. Lebon 1846, p. 60.

2. Lebon, 1858, p. 92.

Tout renchérissement rentre donc dans les risques de l'entreprise : c'est la conception des tribunaux civils que partagent alors pleinement les juridictions administratives (1).

§ 2. — PREMIÈRES APPLICATIONS DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

Vers la fin du second Empire, sous les influences indiquées dans le chapitre qui précède, un revirement se produit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Cette nouvelle jurisprudence se manifeste par les arrêts suivants :

1^o *Arrêt Pinard, du 20 février 1869* (2). — Par marché du 28 septembre 1865 avec le ministre des Finances, le sieur Pinard avait acheté à l'Etat 174.603 obligations mexicaines dont le Trésor était détenteur. Le prix total, à 300 francs par obligation, représentait 52.381.000 francs, payables en dix-huit mensualités, contre remise par le Trésor d'une quantité d'obligations correspondant à l'importance de chaque mensualité.

Au moment du paiement du septième terme, le soumissionnaire demanda, à raison des événements du Mexique, la suspension de l'exécution du marché, les droits de chacune des parties étant réservés. Invité par le ministre, le 18 juillet 1868, à reprendre cette exécution, il se pourvut en Conseil d'Etat.

Son argumentation était la suivante :

Il avait traité dans l'ignorance du changement de la politique du gouvernement français à l'égard du gouvernement mexicain, et de son intention de retirer l'appui des armes françaises à l'empereur Maximilien; son consentement avait donc été donné par erreur et le traité devait être annulé dans tous ses effets.

Subsidiairement, il invoquait la force majeure; il avait

1. Dans le même sens : 26 décembre 1856, *Badenco* (Lebon, p. 728) sol. imp.; 13 juillet 1864, *Josserand* (2^e espèce). (Lebon, p. 658); 11 mai 1870 *Postel*, (Lebon, p. 566) motifs.

2. Lebon 1869, p. 188.

stipulé que son contrat serait résilié de plein droit, sans indemnité pour la partie restant à exécuter, dans le cas de force majeure, c'est-à-dire si le gouvernement mexicain était renversé par une guerre ou par une révolution. Or, s'il est vrai que le gouvernement mexicain n'est matériellement tombé qu'après l'expiration du délai fixé pour l'exécution du marché, sa chute était devenue certaine depuis la résolution prise d'abandonner ce gouvernement, et cette résolution, qui était connue depuis janvier 1866, avait, d'après l'exposant, rendu impossible, à partir de cette date, la négociation des obligations mexicaines sur les places européennes.

Le ministre des Finances répondit que la vente des obligations est un transport de créance, c'est-à-dire une opération essentiellement aléatoire, que le cédant ne garantit jamais la solvabilité du débiteur cédé, et que, dans ces conditions, le sieur Pinard ne pouvait prétendre obtenir la résiliation de son marché.

Le Conseil d'Etat, après avoir constaté que le requérant a exécuté son marché sans protestation jusqu'au 20 avril 1866 et n'est dès lors pas fondé à en demander la résiliation à partir d'une époque antérieure à cette date, ajoute :

« Considérant que, sur l'injonction qui lui avait été adressée par le Directeur du mouvement des fonds de verser au Trésor le montant du terme échu le 7 mai 1866, et dès le 9 du même mois, le sieur Pinard a demandé, par une lettre adressée à notre ministre, que l'exécution de son marché fut suspendue, en se fondant sur les événements qui s'étaient produits au Mexique et dont le Gouvernement reconnaissait la gravité; que, des réserves contenues dans cette lettre, il résulte que le sieur Pinard entend maintenir son droit de demander plus tard la résiliation du dit marché pour la partie non encore exécutée de ses engagements, et qu'il a effectivement demandé cette résiliation par lettre en date du 4 août suivant;

« Considérant que si le cas de résiliation expressément prévu par les parties contractantes, c'est-à-dire le renversement du gouvernement mexicain par une guerre ou une

« révolution, ne s'est réalisé qu'au mois de mai 1867, très
 « peu de temps après l'expiration du délai convenu pour
 « l'exécution du marché, il y a lieu néanmoins de recher-
 « cher quelle a été la commune intention des parties en
 « stipulant ce cas de résiliation et de régler équitablement
 « les effets du contrat d'après cette intention ;

« Considérant que les parties contractantes n'ont pu ni
 « dû prévoir les événements survenus au Mexique posté-
 « rieurement au mois d'avril 1866 et qui, dans un court es-
 « pace de temps, ont amené la chute de l'Empire mexicain ;
 « que, par suite de ces événements la négociation des obli-
 « gations mexicaines entreprise par le sieur Pinard a cessé
 « d'être possible sur les différentes places d'Europe ; que,
 « dans ces circonstances, il ne serait ni équitable, ni conforme
 « à l'intention des parties, de contraindre le sieur Pinard à
 « prendre livraison des titres restés dans le portefeuille du
 « Trésor et à en payer le prix, que dès lors il y a lieu de pro-
 « noncer la résiliation de son marché à partir du 10 avril
 « 1866, pour la partie du dit marché qui, à cette époque,
 « restait à exécuter. »

En conséquence, le Conseil d'Etat condamne le requérant à payer à l'Etat, en principal et intérêts, le prix des obligations dont il a pris livraison et le déclare libéré pour le surplus.

Il n'est pas douteux que l'acquéreur des obligations était mal fondé à prétendre que son consentement s'est trouvé vicié par son erreur sur les intentions du gouvernement impérial à l'égard du Mexique. Il est des plus vraisemblables en effet, qu'à la date de la signature du contrat, le gouvernement français ne songeait pas encore à une évacuation précipitée du Mexique, et ne s'y est décidé que postérieurement, en présence de l'attitude menaçante des Etats-Unis et des craintes que lui inspirait la situation politique de l'Europe. Le Conseil d'Etat constate d'ailleurs que les parties n'avaient pu prévoir les événements survenus.

D'autre part, si l'une des causes de l'impossibilité où s'est trouvé le requérant de placer les obligations achetées par lui sur le marché consiste dans les craintes soulevées par le

retrait des troupes françaises, c'est-à-dire par un acte de la puissance publique, ce n'est pas là la source unique, ni même la source prépondérante des difficultés rencontrées par l'exposant : la véritable source de ces difficultés consiste dans la faiblesse du gouvernement de l'empereur Maximilien en lutte contre l'immense majorité de la population mexicaine et le peu de confiance qu'avait le public dans sa durée. L'arrêt précité semble donc consacrer moins le principe de la responsabilité contractuelle de l'Etat que la théorie de l'imprévision dont il est, semble-t-il, la première application.

2^o *Arrêt Girard du 5 août 1869* (1). — Très rapidement le Conseil d'Etat fut amené à étendre sa jurisprudence à des hypothèses où les faits survenus étaient absolument étrangers à la volonté de la puissance publique. L'affaire Girard, relative à une entreprise de transports militaires en Algérie, est caractéristique à cet égard ; les pertes de l'entrepreneur sont ici dues aux forces de la nature, à une insuffisance de récolte provoquée par une sécheresse extraordinaire et qui avait entraîné un accroissement démesuré du prix du fourrage et de la mortalité des animaux. Le fournisseur demanda en conséquence que le prix du transport par tonne et par kilomètre fut porté de 0 fr. 54 à 0 fr. 95. Le ministre offrit seulement une indemnisation partielle qu'il limitait d'ailleurs à certaines catégories de transports. Sur le pourvoi du fournisseur, le Conseil d'Etat rendit l'arrêt suivant :

« Considérant, que par sa décision en date du 22 avril 1868, « notre ministre de la Guerre reconnaît qu'en raison de « l'augmentation des prix du roulage produite par l'insuffi- « sance des récoltes et la mortalité des animaux en Algérie « pendant l'année 1867, et qui n'avait pu être prévue au « premier juin 1864, jour où a été passé le marché précité, « le sieur Girard a droit à une indemnité...

« Considérant d'une part que notre ministre n'établit pas « les motifs en raison desquels il a limité au transport de

1. Lebon 1869, p. 731.

« denrées de subsistances l'allocation de prix supplémen-
 « taires de 18 centimes accordée au sieur Girard par la
 « décision attaquée et exclu de la dite allocation les trans-
 « ports des autres objets; que, d'autre part, il ne justifie
 « point que cette allocation de 18 centimes formant le
 « prix nouveau de 72 centimes par tonne soit suffisante;
 « Considérant qu'il résulte de l'instruction que du dom-
 « mage subi par le sieur Girard il sera fait une juste appré-
 « ciation en fixant les prix de transport de toute nature...
 « à 81 centimes par tonne et par kilomètre pour les trans-
 « ports effectués par voie ordinaire du 1^{er} janvier au 31 dé-
 « cembre 1868. »

L'arrêt qui vient d'être relaté ne constate qu'avec une certaine timidité le droit du fournisseur à une augmentation de prix ; il ne reconnaît pas directement l'existence de ce droit ; il s'empare de l'aveu qu'aurait fait le ministre du caractère imprévu des événements survenus ainsi que de la légitimité de la réclamation de l'entrepreneur, et il fonde sur cet aveu, réel ou prétendu, l'indemnité qu'il accorde.

Sur le calcul de cette indemnité, l'arrêt ne s'étend guère : il proclame seulement qu'elle doit être la représentation du préjudice subi, mettant donc à la charge de l'Etat, en leur entier, les circonstances défavorables rencontrées par l'entrepreneur. Quand à la preuve du préjudice, l'arrêt contient une bizarrerie : par une dérogation aux règles du droit commun, il met le fardeau de cette preuve, non à la charge du fournisseur, mais à celle de l'Etat.

3^o *Arrêt Klein du 23 mars 1870 (1).* — Le droit du fournisseur à une indemnité s'affirme avec plus de netteté dans l'arrêt Klein dont voici les circonstances. Adjudicataire de l'entretien des harnachements du 2^e régiment de cuirassiers de la Garde, ce fournisseur avait dû faire, tant avant le départ des escadrons de guerre pour la campagne d'Italie qu'après leur retour, des réparations extraordinaires qui, selon lui, n'entraient pas dans l'objet de son

1. Lebon 1870, p. 334.

marché. Le ministre soutenait, pour repousser cette demande, qu'il n'avait nullement excédé les bornes du marché, et qu'une allocation gracieuse de 3.500 francs avait compensé du reste l'excédent de dépenses subi par le fournisseur. Sur un pourvoi de ce dernier, le Conseil d'Etat fit droit à sa requête dans les termes suivants :

« Considérant, en ce qui touche les réparations ordonnées
« à la revue du 1^{er} septembre 1859, que des termes de l'article 9 du marché passé entre le sieur Klein et l'Administration de la Guerre... il résulte que ce marché n'est applicable qu'au temps de paix et non en temps de guerre
« — qu'il est établi par l'instruction que les réparations, ordonnées au harnachement des escadrons de guerre
« du régiment dans la revue d'inspection du 1^{er} septembre 1859, avaient pour cause les détériorations survenues pendant la campagne d'Italie, et que dès lors le
« sieur Klien, qui n'avait pas suivi les escadrons de guerre en Italie, ne pouvait être, aux termes de son marché,
« tenu d'en supporter la dépense. »

Le Conseil prescrit en conséquence le remboursement intégral au sieur Klein des dépenses extraordinaires qu'il avait subies à la suite de la revue du 1^{er} septembre 1859 (1).

Il ne pouvait être question ici, comme dans l'arrêt Girard, de prendre acte de la reconnaissance par l'administration au profit du fournisseur d'un droit qui est catégoriquement nié par le ministre.

Ce n'est plus sur un aveu des représentants de l'Etat, c'est sur les termes mêmes du marché que le Conseil d'Etat fonde sa décision. Il constate que ce traité n'est applicable qu'au temps de paix et non au temps de guerre. Il y a donc

1. On peut rapprocher de ces arrêts l'affaire *Soubervielle*, du 2 août 1870 (Lebon, p. 975). L'entrepreneur, chargé des transports de l'armée du Mexique, avait demandé un supplément de prix, à raison des dépenses extraordinaires que lui avait causées l'extension de l'occupation française et la destruction des récoltes par l'ennemi. Sa requête ne paraît avoir été rejetée que pour ce motif que ces circonstances avaient dû entrer dans la prévision des frais de transport qu'il avait soumissionnés.

une période pendant laquelle l'exécution normale en est suspendue. C'est là, peut-être, l'origine lointaine de la situation extracontractuelle dont parlent les arrêts postérieurs à la guerre de 1914 et dont il sera question plus loin. Quant à la détermination de l'indemnité, ses règles ne sont pas plus précises que dans l'arrêt Girard : le Conseil se borne à poser le principe du remboursement intégral au fournisseur des dépenses extracontractuelles qu'il a subies.

§ 3. — ARRÊTS RENDUS SUR LES MARCHÉS PASSÉS PENDANT LA GUERRE DE 1870

Les circonstances qui ont accompagné la guerre de 1870 devaient donner lieu à de nouvelles applications de la théorie de l'imprévision. A vrai dire, on a soutenu que le triomphe de cette théorie n'avait été, à cette époque, ni complet ni définitif, et on a vu dans l'arrêt Godillot, du 15 avril 1873 (1), une réaction contre la jurisprudence nouvelle.

Titulaire d'un marché antérieur à la guerre de 1870 pour la livraison de chaussures militaires, le fournisseur alléguait que les événements de guerre avaient bouleversé les conditions du contrat, en entraînant un accroissement exceptionnel et imprévu du prix de la matière première et des frais de production; il ajoutait que l'administration lui avait causé un préjudice considérable en modifiant les types des chaussures à livrer; il demandait en conséquence, « par application des principes du droit civil et de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de marchés de « fournitures », un supplément de prix de 30 0/0 sur l'ensemble de sa fourniture pour l'année 1871.

Le ministre présenta des observations tendant au rejet de la requête pour le motif que, d'après les dispositions de son marché, le requérant n'avait droit à aucune indemnité

1. Lebon, 1873, p. 352.

au cas, soit d'augmentation dans les prix de la matière, soit de modifications apportées dans la proportion des diverses pointures de chaque espèce de chaussures, et qu'il avait d'ailleurs reçu une indemnité de 186.000 francs.

Le Conseil d'Etat rejette le moyen tiré des circonstances de guerre : « Considérant, dit l'arrêt, que le sieur Godillot « s'est engagé à fournir annuellement à l'Administration de « la Guerre, du 1^{er} janvier 1869 au 31 décembre 1873, « 300.000 paires de souliers à l'usage de l'armée; que, d'a- « près une disposition de son marché, le prix de chaque « paire de chaussures, comprenant d'une part la valeur de « la matière première, d'autre part celle de la main-d'œuvre « et les frais divers de production, est fixée d'une manière in- « variable pour toute la durée de l'entreprise...; qu'il suit de « là que le sieur Godillot ne pouvait se prévaloir des dispo- « sitions de son marché pour demander la révision du prix « de ses fournitures afférentes à l'année 1871 à raison de la « fluctuation des prix, soit de la matière première, soit de la « main-d'œuvre. »

Quant à l'accroissement des charges du fournisseur dû au fait de l'Administration, le Conseil d'Etat estime que le requérant n'établit pas que l'indemnité de 186.000 francs accordée par l'Administration soit insuffisante.

On a souvent considéré cet arrêt, qui ne tient aucun compte des conséquences économiques des hostilités, comme la négation de la théorie de l'imprévision.

Le Conseil d'Etat, en décidant que le requérant « ne pouvait se prévaloir des dispositions de son marché pour demander la révision du prix de ses fournitures, » paraît en effet, à première vue, exiger que la modification du prix fasse l'objet d'une stipulation expresse du traité. Mais ce n'est là qu'une apparence. L'arrêt Godillot n'a pas une portée si générale. Si le Conseil d'Etat refuse au fournisseur toute indemnité, c'est qu'aux termes du marché, le prix doit être invariable pendant tout le délai d'exécution de la fourniture : vraisemblablement le Conseil estime que l'entrepreneur, en acceptant cette stipulation, a pris conventionnellement à sa charge les risques exceptionnels qui pouvaient

survenir et s'est interdit par là même toute action en indemnité à raison d'événements imprévus (1).

Si l'on voulait d'ailleurs donner à l'arrêt Godillot une autre portée que celle d'un arrêt d'espèce, cette décision ne s'expliquerait guère; elle serait en contradiction, non seulement avec la jurisprudence antérieure, mais encore avec la jurisprudence contemporaine et immédiatement postérieure.

On trouve en effet un certain nombre d'arrêts, à cette époque, dans lesquels le Conseil d'Etat, qu'il fasse droit aux requêtes des fournisseurs ou qu'il les rejette, fonde ses décisions sur l'imprévision. Voici les principales espèces sur lesquelles le Conseil d'Etat a statué :

Un fournisseur passe un marché de farines destinées à l'approvisionnement de Paris sur le point d'être investi par les Allemands (2). Le marché n'ayant pas été exécuté en temps utile, le ministre de la Guerre le résilie. Saisi d'un

1. Une stipulation de ce genre, dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat, ne serait plus un obstacle à l'admission du fournisseur au bénéfice de l'imprévision. Le Conseil considère aujourd'hui les faits imprévisibles et leurs conséquences comme étrangers au contrat : la situation engendrée par ces circonstances est extracontractuelle; elle ne peut être régie par les dispositions du marché, pas même par celles qui mettraient à la charge du fournisseur une part de risques supérieure au droit commun.

Mais rien ne prouve que cette conception, si éloignée des théories du Code civil, ait été déjà celle du Conseil d'Etat lors de l'arrêt Godillot. A une époque si rapprochée des origines de la théorie de l'imprévision, il est à peu près certain que la Haute Juridiction administrative n'a pas voulu faire produire aux événements imprévisibles des effets différents de ceux de la force majeure. Dans le Code civil, tous les aléas sont à la charge du débiteur de l'obligation, et s'il est libéré par la force majeure, ce n'est pas qu'elle soit, ni en elle-même, ni dans ses effets, extracontractuelle; c'est parce qu'elle est un obstacle insurmontable dont la survenance exclut toute responsabilité du débiteur. Quoi qu'il en soit, la force majeure et ses effets sont, dans notre droit civil, du domaine contractuel; c'est ce qui explique que le débiteur puisse les prendre à sa charge. Or, il semble bien que le Conseil d'Etat, dans les premières années qui ont suivi l'apparition de la théorie de l'imprévision, ait considéré les événements imprévisibles comme une sorte de force majeure atténuée, soumise par conséquent aux mêmes règles que l'impossibilité absolue d'exécuter.

2. 19 juillet 1872, *Leconte-Dupond* (Lebon, p. 436).

recours par le fournisseur, le Conseil d'Etat constate que « le sieur Leconte-Dupond avait pris un engagement qu'il « n'était pas en mesure d'accomplir dans le délai fixé; — « Qu'en effet, à la date du traité, les grains qu'il avait acquis « n'étaient pas encore arrivés en France et qu'ils n'ont été « remis aux meuniers que postérieurement à l'époque à la- « quelle la livraison aurait dû être achevée; — Que le sieur « Leconte-Dupond attribue, il est vrai, ce fait... à ce qu'il « lui a été impossible de faire venir ses grains du port du « débarquement aux usines par les chemins de fer et les ca- « naux, — mais qu'à l'époque où il a traité, le requérant de- « vait faire entrer dans ses prévisions les difficultés qui pou- « vaient résulter pour les transports de l'état de guerre. »

Se fondant au surplus sur une faute du requérant, le Conseil d'Etat rejette la demande.

Dans une espèce analogue, le Conseil d'Etat rejette, pour le même motif, le recours fondé sur les difficultés de transport entre la France et l'Angleterre (1).

Dans l'arrêt Roumagne (2), le pourvoi du fournisseur paraît n'avoir été rejeté que parce que le cahier des charges contenait cette stipulation que les fournisseurs « renoncent « à toute prétention à indemnité pour cause de pertes, de « quelque nature qu'elles soient, qui auraient été éprouvées « par eux à raison de leurs fournitures. »

Quoiqu'il en soit, une éclatante consécration a été donnée à la théorie de l'imprévision pendant cette période par l'arrêt Wittersheim du 20 avril 1877 (3).

Déclaré adjudicataire de la publication du *Journal officiel* le 24 septembre 1868, le requérant était tenu, par son cahier des charges, de publier chaque jour les comptes rendus sténographiques des séances du Sénat et du Corps Législatif, les lois, décrets, actes officiels, judiciaires ou administratifs, les exposés de motifs des projets de sénatus-consultes ou de lois, et les rapports faits au Sénat et au Corps Légis-

1. 31 juillet 1874, *Vallobre et C^{ie}* (Lebon, p. 765). Dans le même sens : 16 juin 1876, *Moutte* (Lebon, p. 554).

2. 18 juin 1875 (Lebrun, p. 604).

3. S. 79.2.124.

latif; pour toutes ces insertions, la publicité était gratuite, et cette gratuité s'étendait à tous les suppléments, quel que fut leur nombre, nécessités par la publication des documents sus-énumérés. Au cours de l'exécution du marché, des modifications apportées aux pouvoirs des assemblées délibérantes, tant avant la guerre de 1870 qu'à la suite de la révolution de septembre et de la réunion de l'Assemblée Nationale, amenèrent un accroissement considérable du nombre des suppléments à publier. L'entrepreneur demanda, en conséquence, une indemnité.

Sur ce chef de réclamation, (1) le Conseil d'Etat rendit l'arrêt suivant :

« Considérant que, si des modifications apportées aux attributions des assemblées délibérantes, pendant la période comprise entre l'adjudication et le 4 septembre 1870, ont eu pour effet d'augmenter dans une certaine mesure l'étendue des documents dont l'insertion gratuite était due..., ces modifications étaient de celles que com- portaient les lois constitutionnelles et que les dépenses qui ont pu en résulter rentraient dans les risques de l'entreprise ; qu'il suit de là qu'aucune indemnité n'est due pour la période antérieure au 4 septembre 1870.

« Mais, considérant que la situation existant au 7 juin 1871 différait essentiellement de celle en vue de laquelle le sieur Wittersheim avait contracté les engagements con- tenus dans les articles 8 et 9 précités, qu'il a eu à imprimer les comptes rendus d'une assemblée souveraine et permanente et les documents émanés de nombreuses com- missions, notamment des enquêtes très volumineuses; qu'il a eu ainsi à supporter des frais ne rentrant pas dans les prévisions de son marché,... que le sieur Wittersheim demande, ainsi qu'il en a le droit, à être indemnisé de la totalité du dommage qu'il a éprouvé. »

Cette décision fixe définitivement la jurisprudence immédiatement postérieure à la guerre de 1870, mais elle le fait avec une vigueur d'expression, une netteté dans les

1. Nous négligeons les autres chefs de la requête qui n'intéressent pas la théorie de l'imprévision,

motifs que n'avaient pas encore les arrêts Girard et Klein.

L'opposition entre les aléas normaux et les aléas exceptionnels, la nature et les limites de chacune de ces deux catégories de risques, y sont mises en relief avec un particulier bonheur. Les aléas normaux consistent dans les augmentations des publications gratuites résultant pour l'entrepreneur des modifications apportées, dans les limites des lois constitutionnelles de l'époque, aux attributions des assemblées délibérantes; ce sont des actes de la puissance publique qu'il était possible de prévoir. La période des aléas ordinaires est close par la chute du Second Empire, le 4 septembre 1870.

La situation nouvelle, au contraire, diffère essentiellement de celle en vue « de laquelle le sieur Wittersheim avait contracté. » Elle est la conséquence, non plus simplement d'actes d'autorité, mais essentiellement de circonstances fortuites : une guerre désastreuse, une révolution, la nécessité de réorganiser le gouvernement du pays et de réunir à cet effet une assemblée constituante. Il n'est plus ici question d'une atteinte volontairement apportée par l'Etat à l'équilibre des droits et des charges de l'entrepreneur; il s'agit de circonstances indépendantes de la volonté des deux parties; les événements dont il s'agit et, à plus forte raison, leur répercussion sur l'exécution du contrat, étaient complètement étrangers aux prévisions qu'avaient pu faire les parties lors de la conclusion de ce marché.

Quant aux effets de l'imprévision, ils consistent pour le fournisseur dans l'exonération complète des aléas exceptionnels qui sont mis à la charge de l'Etat.

Le dernier des arrêts relatifs à la guerre de 1870 qu'on puisse rattacher à la théorie de l'imprévision est l'arrêt Dayrault du 17 juillet 1885 (1), rendu à l'occasion d'un marché pour la fourniture de fourrages. Une clause du cahier des charges prévoyait que le fournisseur aurait droit à une indemnité, si l'effectif de chevaux à nourrir

1. Lebon, 1885, p. 700.

porté au marché était dépassé, et fixait forfaitairement le montant de cette indemnité; mais l'indemnité n'était due, aux termes du marché, que si le fournisseur produisait des états d'effectifs faisant ressortir, jour par jour, l'importance des dépassements.

Pendant la guerre de 1870, l'effectif des chevaux avait subi des augmentations considérables; mais, faute par le fournisseur de justifier de sa réclamation dans les formes prévues par son marché, le ministre rejeta sa demande de paiement. Cette manière de faire ne fut pas admise par le Conseil d'Etat : « Considérant qu'en raison des difficultés exceptionnelles que lui ont créées les événements de la guerre pour la production de ces pièces justificatives, le sieur Dayrault ne doit pas être privé de tout droit à l'augmentation de prix stipulée en cas d'accroissement de l'effectif, » le Conseil décide de lui accorder une indemnité de 20.000 francs.

Ainsi, en l'absence de tout cas de force majeure, et sur la seule justification des difficultés exceptionnelles rencontrées par le fournisseur, le Conseil d'Etat écarte l'application d'une clause expresse du marché, et abandonne par là-même la solution qu'il avait admise dans les arrêts Godillot et Roumagne ci-dessus analysés.

§ 4. — APPLICATION DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION DANS LA PÉRIODE COMPRISE ENTRE 1885 ET 1914

La guerre de 1870 passée, on traverse une période de stabilité économique qui ne laisse guère de place aux événements imprévisibles. On trouve cependant quelques espèces où le fournisseur se prévaut de difficultés exceptionnelles pour obtenir, soit l'exonération des sanctions attachées à l'inexécution du marché, soit une indemnité. L'accueil fait par le Conseil d'Etat aux requêtes de ce genre n'est pas exempt de variations. Tout d'abord, il paraît renoncer à sa jurisprudence antérieure; puis, au début du ^{xx}e siècle, il revient à l'application de la théorie de l'imprévision et la sanctionne à plusieurs reprises.

A. — Arrêts contraires à la théorie de l'imprévision

1^o Arrêt du 20 novembre 1885. *Portolano* (1). — Le fournisseur avait passé un marché pour la livraison de 6.000 quintaux d'orge, à la place de Tlemcen, avant les dates respectives des 30 septembre 1881, 30 novembre 1881 et 31 janvier 1882. Ce prix comprenait les frais de transport des denrées d'Oran à Tlemcen qui, d'après l'entrepreneur, pouvaient être évalués à 3 francs par quintal. Arguant d'une hausse du coût des transports, due à une insurrection dans le Sud-Oranais et à la réquisition des moyens de transport par l'autorité militaire, le requérant demanda à l'Etat une indemnité de 25.000 francs.

Le Conseil d'Etat fit droit aux prétentions contraires du ministre dans les termes suivants :

« Considérant que, pour réclamer une indemnité à raison
« des conditions plus onéreuses qu'il aurait eu à supporter
« pour le transport d'Oran à Tlemcen des orges qu'il s'était
« engagé à livrer à l'Administration de la Guerre, le sieur
« Portolano se fonde sur ce que le renchérissement des trans-
« ports aurait été occasionné par un événement de force ma-
« jeure imprévu au moment du marché, et sur ce que l'Ad-
« ministration de la Guerre aurait contribué à ce renchéris-
« sement par les réquisitions de moyens de transport qu'elle
« a opérées dans la région.

« Considérant qu'aucune des dispositions du marché ni
« du cahier des charges susvisés n'a réservé à l'entrepreneur
« le droit éventuel à une indemnité, pour le cas où des évé-
« nements de guerre ou tout autre cas fortuit viendraient
« à faire échec à l'exécution de son marché; que le requérant
« ne justifie d'aucun fait de l'Administration qui l'ait mis
« dans l'impossibilité d'exécuter ledit marché.

« Considérant d'ailleurs que le sieur Portolano connais-
« sait, à l'époque où il a traité, l'insurrection qui avait éclaté
« dans le Sud-Oranais et qu'il devait faire entrer dans ses
« prévisions les difficultés qui pouvaient résulter pour les

1. Lebon, 1885, p. 861.

« transports des événements de guerre; que, de ce qui précède, il résulte que le sieur Portolano n'a aucun droit à être indemnisé du préjudice qu'il aurait subi à raison du renchérissement des transports occasionné par l'insurrection du Sud-Oranais. »

Le motif tiré par le Conseil d'Etat du défaut d'imprévision n'a qu'un caractère subsidiaire. La raison fondamentale du rejet de la demande, exprimée dans le second alinéa de l'arrêt, est que l'entrepreneur ne peut avoir droit à une indemnité qu'en vertu d'une clause expresse de son marché, et qu'il ne peut être libéré que par la force majeure. Or, cette raison, que le Conseil d'Etat considère comme une justification suffisante de sa décision, est en contradiction avec le principe de la théorie de l'imprévision.

2^o Arrêt du 23 mars 1888. *C^{ie} générale Transatlantique* (1). — Aux termes d'une convention, la Compagnie s'était obligée à assurer le service postal entre la France et l'Afrique du Nord. Une épidémie de choléra avait éclaté dans les ports de l'Algérie et de la Tunisie; les mesures sanitaires prises avaient entraîné la suspension du débarquement des marchandises, la continuation des transports postaux demeurant seule autorisée. Dans ces conditions, la Compagnie avait cru pouvoir suspendre le départ de ses paquebots. L'Etat, estimant que le service postal resté libre ne devait pas être suspendu, l'avait alors fait assurer par d'autres navires que ceux du concessionnaire, et avait mis à la charge de ce dernier les frais de ce transport et, en outre, 21.500 francs de pénalité pour inexécution du traité passé. Un recours de la *C^{ie} Transatlantique* fut rejeté dans les termes suivants :

« Considérant que les quarantaines aux ports d'arrivée sont prévues expressément, par l'article 40 du cahier des charges, comme un des risques de l'entreprise; que, d'ailleurs, si les ports de l'Algérie se sont trouvés fermés pendant la période du 21 au 26 juillet 1884, cette circonstance ne pouvait autoriser la Compagnie à supprimer au

1. Lebon, 1888, p. 311.

« départ, le service des correspondances postales qu'elle
 « est tenue d'assurer en vertu de son traité et moyennant
 « le paiement d'une subvention; que dans ces conditions,
 « la Compagnie n'est pas fondée à demander la réforme
 « de la décision ministérielle.... »

Ainsi, le Conseil d'Etat ne se borne pas à opposer à la C^{ie} Transatlantique les clauses de son traité; il y ajoute subsidiairement des considérations d'où il paraît bien résulter que le concessionnaire ne peut valablement invoquer qu'une impossibilité absolue d'exécution, et ne peut faire état des difficultés rendant cette exécution seulement plus onéreuse.

B. — *Retour à la théorie de l'imprévision*

A compter des premières années du xx^e siècle, la théorie de l'imprévision reprend faveur; elle est consacrée successivement par les arrêts du 14 novembre 1902, Olmer et Hesbert, du 20 mai 1904, C^{ie} Marseillaise de Navigation à Vapeur, et du 8 novembre 1911, Labeye.

1^o *Arrêt du 14 novembre 1902 (1), Olmer et Hesbert.*—L'objet du marché des requérants était la fourniture de papier au Ministère de la Justice. Les livraisons exigées par l'Administration dépassèrent le triple des quantités fixées, à titre de simple indication, par le cahier des charges. En même temps, une hausse du prix de revient rendit ces fournitures onéreuses pour les requérants. Ils acceptaient de subir cette augmentation de prix dans la mesure des quantités prévues, mais prétendant à une indemnité pour l'excédent.

Le ministre de la Justice demanda le rejet de la requête en se fondant sur le cahier des charges de l'entreprise, qui prévoyait spécialement le cas où l'adjudicataire serait tenu de fournir une quantité de papier supérieure à celle indiquée, et se bornait alors à autoriser les fournisseurs à confier la fabrication à une usine agréée par l'Administration, si les prévisions étaient dépassées de plus de 30 0/0; il

1. Lebon, 1902, p. 664.

soutenait en conséquence que les fournisseurs n'avaient droit à aucune indemnité.

Voici les termes de l'arrêt :

« Considérant que des états ont été annexés au cahier
« des charges, pour renseigner les soumissionnaires sur l'im-
« portance de la consommation nécessitée par les besoins
« du service, au cours des années précédentes; que si les
« quantités indiquées n'étaient qu'approximatives, et que
« si le marché contenait même une stipulation particulière
« pour le cas où les commandes viendraient à dépasser
« de 30 0/0 les quantités énoncées dans les Etats, ces indi-
« cations suffisaient néanmoins pour éclairer les fournis-
« seurs sur l'étendue des obligations qu'ils allaient con-
« tracter;

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que le mon-
« tant des fournitures exigées des requérants et livrées
« par eux a été plus que du triple de celui en vue duquel
« ils avaient contracté et qui était entré dans la commune
« intention des parties; qu'une telle disproportion, qu'on ne
« peut expliquer que par la satisfaction donnée à des besoins
« nouveaux, est en contradiction manifeste avec les indi-
« cations approximatives qui ont été un des éléments
« essentiels du marché; qu'ainsi elle constitue une véritable
« imprévision, dont les conséquences dommageables pour
« les requérants sont de nature à ouvrir en leur faveur un
« droit à indemnité; qu'il suit de là que, si le ministre n'é-
« tait pas tenu de leur accorder la résiliation de leur mar-
« ché, il ne pouvait se refuser à les indemniser à raison d'une
« quantité de fournitures excédant si notablement celle
« que le contrat, sainement interprété, mettait à leur
« charge. »

M. Chardenet, en ses conclusions dans l'affaire du Gaz de Bordeaux, (1) a vu dans cet arrêt une application de la jurisprudence qui indemnise le fournisseur ou le concessionnaire lésé, dans ses droits contractuels, par des actes de la puissance publique.

1. S. 1916, 3.17.

Il semble plus exact de considérer cette décision comme une application de la théorie de l'imprévision. Autant qu'on peut en juger par les termes de l'arrêt, le fournisseur s'était engagé à satisfaire l'ensemble des besoins d'un service public pendant la durée de son marché. Si les fournitures livrées ont excédé de beaucoup les quantités indiquées dans le marché, ce dépassement constituait moins la conséquence d'un acte précis de l'Administration qu'un fait imprévu pour les parties, et c'est parce que les calculs que pouvaient faire les fournisseurs en s'engageant se sont trouvés déjoués, que le Conseil d'Etat leur a accordé une compensation.

Il paraît d'autant plus légitime de considérer l'arrêt Olmer et Hesbert comme une application de la théorie de l'imprévision, que l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat dans les cas analogues confirme cette manière de voir.

Avant l'apparition de la théorie de l'imprévision, le Conseil d'Etat paraît avoir mis à la charge du fournisseur tous les risques inhérents aux variations, si considérables qu'elles soient, des besoins du service (1).

Mais, avec les premières applications de cette théorie et la limitation des risques du fournisseur qu'elle implique, la jurisprudence se modifie.

Dans l'arrêt Way, du 25 février 1876 (2), notamment, le Conseil d'Etat décide que les requérants, tenus par leur marché de prendre livraison de tous les sons à provenir du service des subsistances militaires à Arras, n'ont pu faire entrer dans leurs prévisions l'augmentation de la quantité des sons produits qui résulta de la guerre de 1870, et les déchargea, en conséquence, des sanctions prononcées contre eux par le ministre pour inexécution partielle à leurs engagements.

Il semble que l'arrêt Olmer et Hesbert consacre la même solution. Cet arrêt constate, en effet, que la disproportion entre les quantités de fournitures inscrites dans le marché,

1. 17 février 1853, *Lambert* (Lebon, p. 140).

2. 25 février 1876, *Way et autres* (Lebon, p. 198).

à titre de simple indication, et les quantités livrées par les requérants constitue « une véritable imprévision », et que les conséquences dommageables de cette imprévision sont de nature « à ouvrir en leur faveur un droit à indemnité ».

Mais cet arrêt contient quelque chose de plus. En même temps qu'il pose le principe d'une compensation en faveur des requérants, il déclare que le ministre « n'était pas tenu « de leur accorder la résiliation de leur marché. » Il semble bien que le Conseil d'Etat ait voulu affirmer ici le droit pour le ministre d'exiger, malgré l'imprévision, l'exécution du marché, sauf à attribuer aux fournisseurs une équitable indemnité. La même idée réapparaîtra plus tard dans l'arrêt du 30 mars 1916, rendu au profit de la Société du Gaz de Bordeaux, et dans les arrêts postérieurs.

2^o Arrêt du 20 mai 1904. C^{ie} *Marseillaise de Navigation à Vapeur* (1). — La C^{ie} Marseillaise de navigation à vapeur assurait, en vertu d'un contrat avec l'Etat, le service postal et le transport du personnel militaire et du matériel de l'Etat entre la France et la Corse. Pendant l'exécution de ce traité, l'Etat autorisa la Chambre de Commerce de Bastia, par décret du 29 juillet 1894, à exécuter différents travaux d'amélioration dans le port de cette ville et, pour couvrir ses dépenses, à contracter un emprunt gagé par des taxes à percevoir sur les navires relâchant dans le port et sur les passagers et marchandises embarqués et débarqués.

La Compagnie demanda à l'Etat le remboursement des péages perçus. Elle soutenait « qu'il était de principe « que l'Etat était responsable, envers les entrepreneurs de « fournitures, des actes de gouvernement qui modifient les « conditions du marché », et que ce caractère d'acte de la puissance publique devait être reconnu à l'établissement d'une taxe perçue pour l'exécution d'un travail par l'Etat.

Le bien fondé de cette prétention a été vivement contesté par M. le Commissaire du Gouvernement Teissier.

« Tout d'abord, disait-il, la prétendue règle que les en-

1. Lebon. 1904, p. 425. S.1906.3.109.

« trepreneurs de fournitures et de travaux n'auraient point
 « à supporter les conséquences des taxes votées postérieu-
 « rement à la passation de leur marché, et qui auraient
 « pour effet d'augmenter le prix des marchandises ou des
 « travaux à effectuer, n'a pas la portée qu'on veut lui at-
 « tribuer dans la requête. » Sans doute, l'Etat doit au four-
 nisseur une compensation, à raison des charges nouvelles
 qu'il lui impose pendant la durée de son contrat ; « mais on
 « ne peut raisonnablement prétendre, continue M. Teissier,
 « qu'il doit indemniser un entrepreneur de transports mari-
 « times à raison de toutes les taxes de navigation, de tous
 « les péages qui seront établis par les Chambres de Com-
 « merce des ports où les navires du concessionnaire peuvent
 « toucher. » En d'autres termes, l'Etat n'a pas, en principe,
 à supporter les conséquences des faits des tiers, et cette so-
 lution paraît d'autant plus s'imposer ici, aux yeux du Com-
 missaire du Gouvernement, que les taxes perçues par la
 Chambre de Commerce de Bastia avaient été établies dans
 un intérêt local. M. Teissier observe à ce sujet que si, pour
 l'exécution de certains travaux, l'Etat fait appel au con-
 cours de tiers, c'est qu'il estime « qu'une partie de la dé-
 « pense doit être supportée directement par les intéressés
 « qui profitent de l'amélioration du port. » Au surplus, « pour
 « ces droits d'usage payés pour le chargement, le décharge-
 « ment, les réparations, les remorquages de navires, l'em-
 « magasinage des marchandises, etc..., comme il s'agit du
 « prix d'un service naturel rendu, il ne saurait évidemment
 « être question d'un remboursement possible de l'entrepre-
 « neur, parce qu'il y trouve avantage et presque toujours
 « économie. » M. Teissier conclut donc au rejet du pourvoi.

Contrairement à l'avis du Commissaire du Gouverne-
 ment, le Conseil d'Etat fit droit à la requête du concession-
 naire par l'arrêt suivant :

« Considérant qu'à raison de la nature particulière de ces
 « droits » (les droits de péage perçus par la Chambre de
 Commerce de Bastia), « l'éventualité de leur établissement
 « n'avait pas été prévue au moment de la convention pré-
 « citée et que la Compagnie n'avait pu en tenir compte

« dans la fixation des conditions de transport qu'elle
 « consentait à l'Administration; qu'il suit de là que la
 « Compagnie requérante est fondée à demander à l'Etat
 « le remboursement des charges nouvelles qui lui ont été
 « ainsi imposées, et qu'il y a lieu de la renvoyer devant
 « le ministre pour la liquidation des sommes qui lui sont
 « dues pour cette cause, » (le Conseil annule l'arrêté
 ministériel).

L'arrêt ne tranche pas la question de savoir si l'augmentation du coût de son service, résultant pour la Compagnie de l'établissement des taxes, est l'œuvre de la puissance publique ou le fait d'un tiers. Mais il semble bien que, même avec l'autorisation de l'Etat, l'établissement des taxes par la Chambre de Commerce, dans un intérêt manifestement local, ne puisse être considéré comme acte de l'Etat : il s'agit là, comme l'a fait justement ressortir M. Teissier, du fait d'un tiers, d'un établissement public ayant une personnalité distincte de celle de l'Etat. Rien dans les termes de l'arrêt rendu n'établit l'existence d'une divergence de vue entre le Conseil d'Etat et le Commissaire du Gouvernement sur ce point. On ne peut donc, semble-t-il, considérer la décision précitée que comme une application de la théorie de l'imprévision.

3^o Arrêt du 8 novembre 1911. *Labeye* (1).— Le requérant était concessionnaire d'une entreprise de ravitaillement militaire en Indo-Chine. Lésé par diverses mesures prises par la Colonie, diminution des effectifs, suppression de transports gratuits de colis pour les officiers, il avait renoncé à toute réclamation moyennant certaines compensations. Mais, en dépit de ces compensations, l'activité de son entreprise se trouva tellement réduite qu'il fut contraint de demander à la Colonie la résiliation de son traité, qui lui fut d'ailleurs accordée. Mais, en même temps, il réclama une indemnité pour le préjudice que lui avait causé, d'une part, la réduction de l'importance des transports prévus au marché et d'autre part la perte de bénéfice que lui avait

1. Lebon, 1911, p. 987.

causée une résiliation rendue nécessaire par les actes de la Colonie.

Sur cette demande de dommages-intérêts, que la colonie avait cru devoir rejeter, le Conseil d'Etat rendit l'arrêt suivant:

« Sur le 2^{me} chef (réduction des transports). — Considérant que, si l'article 38 du cahier des charges et conditions particulières à l'entreprise, après avoir indiqué les chiffres approximatifs du personnel (officiers, non officiers, malades) et l'importance approximative du matériel et du numéraire à transporter pendant une année, dispose que ces indications n'engagent pas l'administration qui sera libre de ne pas les atteindre ou de les dépasser suivant les exigences du service; cette clause ne saurait s'appliquer aux augmentations ou réductions tenant à des causes exceptionnelles intervenues en dehors des prévisions des parties;

« Considérant que, s'il est vrai qu'au cours de l'exécution du marché le sieur Labeye avait accepté les conséquences des réductions de l'importance des transports moyennant certaines compensations, ces déductions ont pris une telle proportion que les nouvelles précisions n'ont pas été réalisées; que, si l'article 40 du cahier des charges et conditions particulières à l'entreprise prévoit la résiliation de plein droit et sans indemnité, dans le cas où le service viendrait à être supprimé par suite de la suppression des postes, cette stipulation est inapplicable dans l'espèce, les circonstances de l'affaire étant différentes;

« Sur le 3^{me} chef (résiliation du marché). — Considérant que si, en présence des modifications profondes qui ont été apportées à son marché et qui en ont bouleversé l'économie, le sieur Labeye était fondé à réclamer la résiliation qui lui a d'ailleurs été accordée à compter du 1^{er} janvier 1906, par arrêté du Gouverneur Général du 17 décembre 1905, l'Administration n'en est pas moins tenue d'indemniser l'entrepreneur, privé du bénéfice qu'il aurait retiré de l'exécution normale de ce marché jusqu'au 31 mars 1907, du préjudice qu'il a subi non

« seulement avant la résiliation par l'effet des causes énoncées, mais du fait même de cette mesure. »

Dans cet arrêt, ce n'est pas l'aggravation des charges du fournisseur par un acte de la puissance publique qui justifie l'indemnité accordée; le Conseil constate, en effet, que le fournisseur a accepté, moyennant compensation, de subir les effets des mesures prises par l'Administration. C'est sur cette considération que « les nouvelles prévisions n'ont pu être réalisées », c'est-à-dire sur une imprévision commune, que se fonde l'arrêt précité.

Mais on remarquera que, dans cette nouvelle application de la théorie de l'imprévision, le Conseil déclare que le requérant était fondé, à raison du bouleversement de l'économie de son contrat, à en demander la résiliation. Par là, l'arrêt Labeye s'oppose à l'arrêt Olmer et Hesbert, où le Conseil avait paru admettre que le fournisseur était tenu, en toute hypothèse, d'assurer l'exécution de son marché, sauf à demander une équitable indemnité.

CHAPITRE III

ARRÊT DU 30 MARS 1916 CONSTRUCTION JURIDIQUE DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

Bien que la théorie de l'imprévision ait été admise par le Conseil d'Etat depuis longtemps déjà, et qu'elle ait donné lieu, en ce qui concerne les marchés des travaux publics et les marchés de fournitures à de nombreuses applications jurisprudentielles, c'est seulement pendant la guerre de 1914 qu'elle prend toute son ampleur. Hors d'état de continuer leur exploitation aux conditions contractuelles, se voyant, d'ailleurs, refuser par certaines communes toute compensation de nature à leur permettre de faire face à leurs embarras financiers, les concessionnaires de l'éclairage recourent au Conseil, et le 30 mars 1916, dans l'affaire du Gaz de Bordeaux (1), sur les conclusions conformes de M. le commissaire du Gouvernement Chardenet, le Conseil accorde aux concessionnaires de services publics le bénéfice de la théorie de l'imprévision.

Cet arrêt, que complètent les conclusions de M. Chardenet, n'est pas, en effet, une simple décision d'espèce. Bien que le principe de la relativité de la chose jugée domine toute notre jurisprudence civile et administrative, et que notre époque ne connaisse plus les arrêts de règlement des anciens Parlements, la décision du 30 mars 1916 a, de par sa généralité, la portée d'un arrêt de principe. Les conclusions de M. Chardenet sont un essai de construction juridique de la théorie de l'imprévision, une tentative pour

1. S. 1916.3.17.

suppléer à l'insuffisance à cet égard des arrêts antérieurs, trop sommairement motivés. L'arrêt précité, lui-même, exprime en ses motifs quelques règles générales applicables aux espèces les plus diverses.

Et, dans la suite, qu'il s'agisse de concessions ou de marchés de fournitures, c'est à l'arrêt de 1916 que se référeront les commissaires du Gouvernement dans leurs conclusions (1); c'est à ce même arrêt que les décisions du Conseil d'Etat emprunteront, en partie tout au moins, leurs motifs (2).

Voici les grandes lignes de la théorie du Conseil d'Etat, telles qu'elles résultent des conclusions de M. Chardenet et des termes de l'arrêt du 30 mars 1916 :

1° En principe, dans un marché administratif comme dans toute autre convention, le traitant doit supporter les conséquences de toutes les variations du prix de revient de ses prestations et tous les risques afférents à son entreprise;

2° Mais, s'il survient des circonstances exceptionnelles et de nature à bouleverser l'économie de son traité, il ne saurait être astreint à exécuter ses obligations aux conditions contractuelles;

3° D'autre part, les nécessités du service public exigent l'accomplissement des prestations promises;

4° Le traitant sera donc tenu d'exécuter le contrat, mais devra recevoir en compensation, dit l'arrêt, une indemnité correspondant à ce qui excède « la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure... que l'inter-
« prétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa
« charge ».

1. V. les conclusions de M. Chardenet dans l'affaire de la *Société du Gaz de Poissy*, 8 février 1918 (*Revue du droit public*, p. 242 et s.); les conclusions de M. Riboulet dans les affaires de la *Compagnie de chauffage et d'éclairage par le gaz contre Ville d'Auvergne*, 11 avril 1919, et de la *Société du gaz et de l'électricité de Nice*, 27 juin 1919 (D. 1919.3.25). Dans ces trois affaires, les commissaires du Gouvernement présentent les solutions par eux proposées comme des conséquences de l'arrêt du 30 mars 1916.

2. V. notamment, Cons. d'Et., 8 février 1918, *Gaz de Poissy* (*Rev. du dr. pub.*, 1918 (loc. cit)).

Il convient maintenant d'examiner plus en détail :
 Le fondement de la théorie de l'imprévision;
 Ses conditions d'existence et ses effets.

SECTION I

Fondement de la théorie de l'imprévision

Dans ses conclusions précitées, M. Chardenet attribue à la théorie de l'imprévision un double fondement. Après avoir résumé les applications de cette théorie par le Conseil d'Etat avant la guerre, il s'exprime ainsi : « Comment expliquer ces solutions? Nous croyons qu'elles ont été inspirées tant par des considérations d'ordre général que par le respect des intentions des contractants. » Et par les mots « considérations générales », M. Chardenet entend l'intérêt général. « Vous avez pensé, — poursuit-il en effet — qu'il était essentiel que le marché fut exécuté, .. et cela *dans un intérêt public.* » Ainsi donc, la théorie de l'imprévision repose d'une part sur l'intention des parties, c'est-à-dire sur le contrat lui-même, et d'autre part sur l'intérêt public. Nous allons examiner successivement ces deux bases de la théorie.

§ 1^{er}. — FONDEMENT CONTRACTUEL

Ce fondement, dit M. Chardenet, consiste dans le principe suivant lequel « les contrats doivent être exécutés de « bonne foi et conformément à l'intention que les parties « en présence avaient pu avoir en contractant ». L'importance que cet élément contractuel présente aux yeux de M. Chardenet ne doit pas être méconnue.

Il suffit de relire les conclusions du commissaire du Gouvernement pour se rendre compte de cette importance.

Après avoir rappelé les décisions de la Jurisprudence civile qui met à la charge du débiteur tous les risques du contrat, à la seule exception de la force majeure, il ajoute : « Les mêmes règles sont-elles applicables en matière administrative? Sans doute, vous vous conformez aux principes

« généraux du Code civil, mais... vous avez aussi à tenir
 « compte des nécessités de l'intérêt général ... D'autre part,
 « et *surtout* vous avez appliqué très largement le principe
 « que les contrats doivent être exécutés de bonne foi, et
 « conformément à l'intention que les parties en présence
 « avaient pu avoir au moment où elles contractaient. »
 Sans doute, en ce qui concerne les concessions, les conclusions tendent à donner au motif tiré de l'intérêt général une importance plus grande que celle qu'ont pu lui accorder les arrêts antérieurs à la Guerre. Mais il n'en est pas moins vrai que le respect de la bonne foi et de l'intention des parties est, pour le Conseil d'Etat, une des bases essentielles de la théorie de l'imprévision.

Mais, quelle est la valeur de l'argument tiré de la bonne foi et de l'intention des parties? A vrai dire, elle paraît assez faible.

La bonne foi, en particulier, peut être invoquée aussi bien contre la théorie de l'imprévision qu'à son appui. Tout dépend, en effet, de la solution que l'on donne à la question de l'imprévision. Admet-on que les risques d'événements imprévisibles ne sauraient incomber aux débiteurs? Alors, évidemment, le créancier serait de mauvaise foi si, sans droit, il réclame l'exécution de la prestation. Pose-t-on en principe au contraire que, hors le cas de force majeure pris dans le sens rigoureusement juridique du mot, tous ces risques sont à la charge du débiteur? Il devient impossible de refuser au créancier l'exécution de la prestation : comment, en effet, taxer de mauvaise foi ce qui n'est que l'exercice d'un droit (1)? Invoquer la bonne foi pour justifier ou condamner la théorie de l'imprévision, c'est supposer la question résolue.

Quant à l'intention qu'auraient eue les parties de laisser en dehors de leurs conventions les risques exceptionnels, elle ne peut, dans l'immense majorité des cas, sinon dans

1. En droit privé, partisans et adversaires de la théorie de l'imprévision emploient les uns et les autres l'argument de la bonne foi V. à ce sujet la note de M. Capitant sous l'arrêt de la Cour de Paris du 26 décembre 1916 (D. 1917.2.33).

tous, être dégagée d'aucune des stipulations du contrat.

On a prétendu, il est vrai, qu'on pouvait la considérer comme sous-entendue, qu'on pouvait supposer l'existence d'une clause tacite subordonnant l'exécution des obligations contractuelles du traitant au maintien de la situation existant lors de la signature du contrat. On a encore soutenu que les contrats administratifs créaient entre l'administration et l'entrepreneur une association d'intérêts qui obligeait l'administration à avoir égard aux intérêts de l'autre partie, à ne pas lui imposer les mêmes risques que dans les marchés privés. M. Hauriou, notamment, écrit à ce sujet : « Il y a, pour expliquer cette jurisprudence (celle « du Conseil d'Etat)... bien des raisons, et elles se ramènent « toutes à celle-ci que la vie administrative n'est pas mon- « tée au même diapason que la société civile en ce qui con- « cerne la responsabilité des risques... Il ne faut pas consi- « dérer les entrepreneurs, concessionnaires et fournisseurs « avec lesquels l'Administration passe les marchés, comme « lui étant complètement étrangers. Ce personnel constitue « comme une sorte de clientèle que l'Administration a inté- « rêt à ménager, parce qu'il est habituellement à son ser- « vice. En outre, spécialement dans les concessions de ser- « vice public faites pour une longue durée, il s'établit comme « une sorte d'association entre le concessionnaire et l'Admi- « nistration (1). » Cette idée, a été reprise par M. Capitant qui, opposant les marchés du droit privé aux marchés du droit public, déclare que la commune intention de l'Administration et de son adjudicataire est toute différente de celle qui anime les contractants qui font un marché à livrer.

« Pour ces derniers, — ajoute-t-il, — leurs intérêts sont « opposés, et s'ils n'ont pas eu soin d'exclure de leur con- « trat les difficultés d'exécution provoquées par l'état de « guerre, on ne peut équitablement décharger l'un d'eux « de son obligation sans méconnaître la volonté évi- « dente de l'autre partie. Tout autre est l'esprit qui préside « à la conclusion d'un marché public. Bien loin d'avoir un

1. Hauriou, note sous C. d'Et., 30 mai 1916, S. 1916, 3. 17.

« intérêt contraire à celui de son traitant, l'Administration poursuit avec lui un but commun qui est la bonne exécution du travail, la bonne exécution du service public (4). »

A cette argumentation, on a fait une double objection qui paraît irréfutable.

D'une part, les efforts répétés de l'Administration pour obtenir l'exécution des contrats qu'elle avait passés, dans les conditions mêmes où ils avaient été conclus, ne paraissent guère impliquer cet esprit d'association dont parlent MM. Hauriou et Capitant,

D'autre part, on peut d'autant moins supposer que les parties ont eu, en ce qui concerne les risques imprévisibles et leur influence sur le contrat, une intention commune, que ces risques, par définition, n'ont pu être prévus et n'étaient pas de nature à frapper l'attention des contractants.

Ni la bonne foi, ni l'intention des parties ne constituent donc une explication satisfaisante de l'exonération du débiteur par la survenance des faits imprévisibles.

Le véritable fondement de cette exonération doit être recherché dans les conceptions particulières du Conseil d'Etat sur l'étendue des obligations contractuelles et sur la nature juridique des événements imprévisibles. Ce sont, — disent les commissaires du Gouvernement (2), dont le Conseil d'Etat s'est approprié les idées sur ce point, — des circonstances *extracontractuelles*, et qui créent une situation *extracontractuelle*. Dans le domaine contractuel en effet, il n'y a de place que pour une seule cause d'exonération : la force majeure; si les difficultés survenues rendent seulement l'exécution de l'obligation plus onéreuse, le débiteur n'est pas dans l'impossibilité *absolue* d'exécuter ses engagements, et il est en faute s'il ne les accomplit pas. Il n'est donc possible d'exonérer le débiteur des conséquences de ces difficultés d'exécution, si

1. Capitant. Note précitée. D.1917.2.33.

2. V. les conclusions de M. Chardenet (S. 1916.3.17) et surtout celles de M. Riboulet dans l'affaire du *Gaz d'Auxerre* (D. 1919.3.25).

graves qu'elles soient, que si on les considère comme étrangères au contrat. Et c'est ce que fait le Conseil d'Etat lorsqu'il oppose au contrat la situation extracontractuelle.

Or, la notion d'une situation extracontractuelle ne peut s'expliquer que par cette idée que le contrat, œuvre des deux parties, ne peut avoir plus d'étendue que la volonté commune qui l'a formé; elle implique que cette volonté, étant bornée, n'a pu prévoir toutes les répercussions que les circonstances extérieures pourraient produire sur l'exécution de leurs engagements, et qu'en conséquence, les difficultés prévisibles sont les seuls aléas que les parties aient pu faire entrer dans l'objet de leur contrat.

Mais une telle conception, si elle est bien celle du Conseil d'Etat, ne semble pas pouvoir se concilier avec les principes de notre droit; elle ne s'harmonise pas avec les règles d'interprétation des contrats édictées par le Code civil et qu'on s'accorde à considérer comme applicables au droit administratif (1). Ce serait excéder les bornes de cette étude que faire un exposé des dispositions du Code à cet égard. Je me contenterai de rappeler que notre ancien droit, à l'encontre des législations italiennes et germaniques qui sous-entendaient dans les contrats la clause *rebus sic stantibus*, n'a jamais connu d'autre cause d'exonération du débiteur que l'impossibilité absolue d'exécution.

1. Sur l'application du Code civil aux contrats administratifs, les opinions sont très partagées. « Sans doute, — dit M. Chardenet, dans ses conclusions ci-dessus reproduites, — vous vous conformez « aux principes généraux du Code civil, mais vous avez aussi, lorsqu'il s'agit de marchés de travaux publics, de transports, de fournitures, à tenir compte des nécessités de l'intérêt général. »

La même manière de voir est exprimée par M. Jèze qui estime qu'en droit public, on applique « des théories générales analogues à celle du droit privé, touchant les manifestations unilatérales de volonté ou les accords bilatéraux de volonté », mais il ajoute : « En droit public français, on n'applique pas les textes mêmes du Code civil ou des lois de droit privé qui consacrent ces théories générales: on s'inspire seulement des idées générales qui justifient ces textes, en les combinant avec les nécessités du fonctionnement régulier et continu des services publics. » (Jèze, *De l'application des règles du droit privé aux manifestations unilatérales ou contractuelles de volonté du droit public. Revue du Droit public*, p. 5 et s.)

Mais il faut noter que la solution de la question présentement exa-

Fidèle aux traditions du passé, le Code exprime la même règle dans ses articles 1147 et 1148 :

« ARTICLE 1147. — Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages-intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part! »

« ARTICLE 1148. — Il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit. »

Une doctrine et une jurisprudence constantes, fondées sur les dispositions ci-dessus reproduites, décident qu'en principe l'inexécution des obligations doit être imputée à faute au débiteur, et que cette situation ne cesse que s'il y a cas fortuit ou force majeure (1), c'est-à-dire un événement échappant à toute prévision et mettant un obstacle insurmontable à l'exécution de l'obligation (2). « En dehors du cas fortuit et de la force majeure, — dit notamment M. Planiol, — il reste toutes les causes d'inexécution imputables au débiteur; on les groupe sous deux noms : la faute et le dol. » (3)

Ainsi, la simple difficulté grave et imprévue ne suffit pas à exonérer le débiteur : si lourde, si onéreuse qu'elle

minée (celle de l'étendue des risques que les parties ont assumés en contractant) dépend uniquement de l'intention des parties, et ne met en jeu aucun principe spécial au droit public. Il semble donc que, même dans le système de MM. Chardenet et Jèze, la question doive se résoudre conformément aux principes du droit civil.

Cela ne fait aucun doute dans l'opinion de M. Berthélemy qui estime qu'à défaut de toute législation spéciale, l'interprétation des contrats administratifs est régie par les dispositions du Code civil (*Communes et Gaziers. Rev. polit. et parl.*, t. 92, p. 34).

1. V. notamment Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^e édit., t. II, n^o 230; Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 2^e éd., II, p. 10.

2. Planiol, II, n^o 232. Colin et Capitant, II, p. 11 et 12.

3. Planiol, II, n^o 230.

rende son obligation, elle ne la rend pas impossible; dès lors, si le débiteur se refuse à remplir ses engagements, c'est par une abstention volontaire qui le constitue en faute.

Cette manière de voir se trouve corroborée par les considérations suivantes :

1^o L'admission de la force majeure comme cause d'exonération du débiteur étant une dérogation au principe général de la responsabilité du débiteur en cas d'inexécution de ses obligations, cette dérogation, comme toutes les exceptions, est de droit strict : dès lors, il ne paraît pas possible d'étendre aux simples difficultés imprévisibles ce que le Code dit de la force majeure.

2^o Si le Code exonère le débiteur des conséquences de l'inexécution en cas de force majeure, c'est beaucoup moins parce qu'elle a le caractère d'un obstacle imprévu que parce qu'elle constitue un obstacle insurmontable. C'est à ce caractère d'empêchement invincible que répond le sens étymologique des mots « force majeure »; c'est à ce seul caractère que fait allusion l'article 1148 du Code civil, quand il envisage l'hypothèse où, « par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé... » Or, ce caractère d'obstacle absolu est précisément celui qui fait défaut au simple fait imprévisible.

3^o Du reste, il est difficile d'admettre que les rédacteurs du Code, qui avaient traversé la période de bouleversement économique de la Révolution, et avaient eu sous les yeux des exemples nombreux de contrats rendus extrêmement onéreux par de simples difficultés d'exécution, n'aient pas omis intentionnellement de faire figurer ces difficultés, si graves qu'elles soient, parmi les causes d'exonération du débiteur.

4^o La force majeure est si bien, dans notre Code, la seule cause d'exonération du débiteur que les dispositions législatives récentes, qui ont eu pour but d'atténuer la rigueur de ce principe et de faire place à l'idée de l'imprévision, ont le caractère de dispositions temporaires, appli-

cables seulement à une catégorie d'actes juridiques strictement déterminée, et pendant une période de temps limitée : tel est le cas de la loi du 21 janvier 1918 dite communément *loi Failliot*) sur les marchés à livrer conclus avant la guerre; tel est encore le cas de la loi du 6 juillet 1925 sur la révision des baux de longue durée. En bornant ainsi les effets de ces lois exceptionnelles, le législateur semble bien avoir consacré l'interprétation ci-dessus faite des principes du droit civil.

Dans ces conditions, en l'absence de tout texte législatif qui puisse servir de base à la théorie de l'imprévision, cette théorie apparaît, dans notre droit administratif, comme une création rappelant celles du préteur en droit romain.

§ 2. — L'INTÉRÊT GÉNÉRAL,

SECOND FONDEMENT DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

« Vous avez pensé, rappelle M. Chardenet dans ses conclusions précitées, qu'il était essentiel que le marché fut exécuté,... et cela dans un intérêt public. Alors, vous avez laissé entendre aux entrepreneurs, aux fournisseurs... qu'ils n'avaient point à se laisser rebuter, arrêter par les difficultés exceptionnelles auxquelles ils pouvaient se heurter, qu'ils devaient réussir à les surmonter, mais qu'en revanche, ils étaient assurés qu'au moment du règlement des comptes, il serait fait état des difficultés qu'il avait été impossible de prévoir au moment de la passation du marché, et qui modifiaient profondément les conditions dans lesquelles le contrat avait dû être exécuté. »

On voit les avantages d'ordre pratique que peut présenter cette idée. Un service public répond à un besoin général. Ce besoin général, étant celui d'une collectivité permanente, a nécessairement une durée prolongée. Il faut que le service public y satisfasse. Il importe donc que le fournisseur ou concessionnaire, s'il se trouve placé dans des conditions ruineuses et de nature à entraîner à bref

délai la cessation du service, soit mis par l'Administration à même d'en assurer la continuité.

Mais le secours que l'Administration va donner au traitant a-t-il simplement une raison d'opportunité ? M. Bruzin (1), tout en reconnaissant l'utilité de la solution proposée, lui dénie tout fondement juridique : « Si la notion « de service public — écrit-il — met en lumière l'utilité « primordiale de la solution qui, en tenant compte au « concessionnaire des imprévus, lui donne le moyen « de continuer l'exploitation, elle n'explique en aucune « manière par quel procédé juridique il est possible, en « conformité des principes, de tenir compte de ces imprévus. En dernière analyse, la théorie de l'imprévision « est particulièrement utile en matière de services publics, mais ce n'est pas la notion du service public « qui peut servir de fondement à la théorie de l'imprévision. »

En effet, si la notion de continuité du service public n'est qu'une notion d'utilité pratique, une sorte de faveur intéressée faite par l'Administration concédante ou cliente au fournisseur ou concessionnaire, on comprend mal qu'elle puisse servir de base à la théorie de l'imprévision. Mesure d'opportunité, elle devrait être à la discrétion du seul concédant qui pourrait à son gré et selon le degré d'utilité qu'il y verrait, soit apporter son aide au concessionnaire, soit lui refuser tout secours. Le concessionnaire ne pourrait, juridiquement, arguer de l'intérêt du service pour demander une indemnité, et le juge administratif ne pourrait pas davantage fonder le droit à indemnité sur cet intérêt. Or, le Conseil d'Etat estime, au contraire, que le concédant a l'obligation de faire les sacrifices nécessaires pour permettre au concessionnaire d'assurer le service, et que le concessionnaire a, corrélativement, le droit d'exiger une indemnité.

Cette jurisprudence est la conséquence de l'élaboration par le Conseil d'Etat d'une théorie nouvelle sur la nature

1. Bruzin, *op. cit.*, p. 218.

des contrats administratifs, et plus spécialement, des contrats de concession, qui est fondée, pour reprendre une expression de M. Hauriou, « sur la subordination de l'élément contractuel à l'élément service public (1). »

Longtemps, le Conseil d'Etat avait considéré que le contrat de concession ne se distinguait pas des autres contrats administratifs et que le consentement des parties les liait pendant toute la durée assignée à leurs conventions : il n'appartenait donc pas à l'Administration, une fois le contrat conclu, et quelles que fussent les modifications du service public, de porter atteinte aux conditions du contrat, et d'en mettre les clauses techniques en harmonie avec les nécessités nouvelles. Cette jurisprudence s'est manifestée, pour la dernière fois dans un arrêt du 23 janvier 1903 (Compagnie des Chemins de fer Economiques du Nord (2).)

Mais bientôt, pressé par des nécessités de fait, le Conseil d'Etat sentit le besoin d'élargir l'interprétation des contrats de concession, et, dans les hypothèses où l'Administration estimait que le concessionnaire n'avait pas pu adapter son exploitation aux nouveaux besoins des usagers, de lui permettre de modifier les clauses réglementaires du contrat. De là une conception nouvelle du contrat de concession qui se trouvait déjà en germe dans un arrêt du 10 janvier 1902 (C^{ie} nouvelle de Déville-les-Rouen) (3), qui s'affirme

1. Hauriou. Note sous Cons. d'Et., 30 mars 1916 (S. 1916.3.17).

2. (S. 1904.3.49) Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat avait annulé un arrêté préfectoral prescrivant la création de services de trains non prévus par le cahier de charges. Il s'était rangé à la manière de voir de M. Teissier, commissaire du Gouvernement, qui tranchait la question en distinguant, dans les pouvoirs de police de l'Etat, les pouvoirs de police fondamentaux « impartis à l'Etat par la nature des choses » et les droits de police « ne dérivant pas des pouvoirs essentiels de l'Etat ». Les premiers seraient inaliénables; quant aux seconds, parmi lesquels figure la réglementation des services concédés, l'Etat pourrait y renoncer. M. Teissier estimait qu'en passant un traité de concession et en fixant contractuellement les règles d'exploitation du service public, l'Etat s'interdisait, pour la durée du contrat, d'apporter, sans le consentement du concessionnaire, des modifications à cette réglementation.

3. Arrêt et note de M. Hauriou (S. 1902.3.17).

dans un arrêt Deplanque du 31 mai 1907 (1), et qui trouve sa pleine expression dans les conclusions de M. Blum dans l'affaire de la Compagnie Générale Française de Tramways du 11 mars 1910 (2). Dans l'opinion formulée par M. Blum et adoptée par le Conseil d'Etat, la puissance publique ne saurait valablement renoncer au pouvoir de réglementer les services concédés. « La concession — dit M. Blum — « représente une délégation, c'est-à-dire qu'elle constitue « un mode de gestion indirecte, qu'elle n'équivaut pas à un « abandon, à un délaissement. L'Etat reste garant de « l'exécution du service vis-à-vis de l'universalité des « citoyens. Il reste responsable de la sécurité publique « qu'une exécution mal habile peut compromettre. Il « reste responsable de l'ordre public qu'une exécution incomplète ou maladroite peut troubler. L'Etat interviendra « donc nécessairement pour imposer, le cas échéant, au « concessionnaire une prestation supérieure à celle qui « était prévue strictement... en usant non plus des pouvoirs que lui confère la convention, mais du pouvoir qui « lui appartient en tant que personne publique... Ce n'est « donc plus le contrat seul qui fixe la limite, qui fournit la « mesure du droit d'intervention. Mais ce droit sera déterminé tantôt par le contrat, tantôt par le règlement. »

Ainsi, comme on l'a très justement fait remarquer (3), le contrat de concession perd de plus en plus le caractère de droit strict que la jurisprudence lui reconnaissait encore, il y a quelques années. De plus en plus, prédomine cette idée que le concessionnaire est astreint à des obligations plus étendues que celles résultant du droit privé, et qu'il doit subir, moyennant une équitable indemnité, toutes les aggravations de charges que l'Administration jugera commandées par l'intérêt public.

L'arrêt du 30 mars 1916 consacre, une fois de plus, ce

1. S. 1907.3.113.

2. V. l'arrêt, les conclusions de M. Blum et la note de M. Hauriou (S. 1911.3.1).

3. L. Chabanne, *Des recours au profit du concessionnaire de service public*. Thèse, Paris, 1912.

système; il reconnaît que les circonstances économiques ne permettent plus au contrat de recevoir son exécution, mais il n'en oblige pas moins le concessionnaire, au nom de l'intérêt du service public, à assurer comme par le passé l'exploitation de son entreprise.

L'Administration qui, dans la théorie du Conseil d'Etat, a le droit et même l'obligation, de par la nature même de la concession, de veiller à l'adaptation du service concédé aux besoins du public, doit, à plus forte raison, en assurer la continuité. Si le concessionnaire voit l'économie de son contrat bouleversée par les événements, le concédant devra lui accorder son concours financier, et c'est bien la thèse qu'à soutenue M. Chardenet. Le principe de la continuité du service public, fondé sur l'intérêt général, conduit donc à l'attribution d'une compensation au concessionnaire.

Bien plus, seul ce principe peut expliquer l'obligation, pour le concessionnaire, de continuer l'exploitation du service public. L'interprétation donnée par le Conseil d'Etat, prise isolément, ne peut conduire à ce résultat : puisque les circonstances imprévisibles créent une situation extracontractuelle, on ne peut plus demander au débiteur l'exécution pure et simple de ses obligations; on ne peut pas davantage imposer au créancier la modification du contrat primitif; ce contrat est devenu inapplicable : la résiliation va de soi. Seul, le principe de l'intérêt du service public peut justifier la persistance des obligations du concessionnaire dans des circonstances où, suivant la jurisprudence du Conseil d'Etat, son contrat originaire cesse de s'appliquer. Ce principe est le complément nécessaire de la théorie de l'imprévision.

Mais ce principe, qui a bouleversé la notion du contrat de concession, n'a aucune base dans notre législation, pas plus d'ailleurs que l'interprétation donnée par le Conseil d'Etat à l'intention des parties. Aucun texte de loi ne le consacre, en effet. On ne peut pas davantage le considérer comme une règle du droit coutumier : comme on l'a vu, son apparition dans la jurisprudence est récente.

Si le Conseil d'Etat, pour des raisons d'utilité pratique,

notamment pour donner plus de souplesse au fonctionnement du contrat de concession, s'est écarté des principes de notre législation, et a édifié une nouvelle construction juridique concernant la nature du contrat de concession, s'il a cessé de considérer ce contrat en lui-même pour n'envisager que son but, l'exploitation d'un service public, il y a là encore, il faut bien le reconnaître, une création analogue à celles du droit prétorien : le Conseil d'Etat s'est ainsi fait législateur en même temps que juge (1).

SECTION II

Conditions d'existence des effets de l'imprévision

Les conditions d'existence de l'imprévision sont ainsi définies par M. Chardenet, dans ses conclusions relatées plus haut : « Vient-il à se produire une hausse tout à fait
« hors de proportion avec les conditions économiques normales et régulières, une hausse qu'aucune des parties contractantes n'avait pu prévoir au moment de la passation
« du marché, une hausse telle qu'elle rend le marché pratiquement inexécutable dans les conditions où les contractants ont entendu l'établir, on se trouve en présence
« d'une difficulté aussi exceptionnelle que celle rencontrée
« par un entrepreneur, lorsqu'il doit effectuer des déblais
« d'une nature que rien ne faisait prévoir ». Et M. Chardenet conclut que, dans ce cas, le contrat ne peut recevoir son exécution normale.

Il n'est pas nécessaire, pour l'existence de l'imprévision, que les parties n'aient pu pressentir la nature même des événements imprévus; il suffit que l'ampleur de leurs effets ait échappé à leurs calculs. M. Chardenet s'est exprimé sur ce point d'une manière précise : l'éventualité d'une guerre, selon lui, pouvait être envisagée par les parties à

1. Nous verrons plus loin (page 76 et s.) cette conception nouvelle du Conseil d'Etat en ce qui concerne les services publics pénétrer dans le domaine des contrats de fournitures.

l'époque où la Compagnie du Gaz de Bordeaux a obtenu sa concession, soit en 1904; mais ce qu'elles ne pouvaient prévoir, c'est le caractère et l'ampleur d'une guerre telle que celle qui nous a été imposée en 1914.

L'arrêt du 30 mars 1916 traduit la même conception. La guerre, constate le Conseil d'Etat, a entraîné, dans les conditions où elle s'est déroulée, une hausse *exceptionnelle* du prix des charbons et, partant, une augmentation du coût de la fabrication du gaz « qui, dans une mesure dé-
« jouant tous les calculs, dépasse certainement les limites
« extrêmes des majorations ayant pu être envisagées
« par les parties, lors de la passation du contrat de conces-
« sion. » Dans ces conditions, « l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée. »

L'effet des événements imprévisibles est de créer, selon les termes mêmes de l'arrêt, « une situation de force majeure. » On voit par là que le Conseil d'Etat assimile, quant à leurs effets, le cas fortuit et le fait imprévisible. Cette assimilation paraît d'autant plus surprenante que les décisions récentes du Conseil, et notamment ses arrêts concernant les retards de livraison dus à des grèves, définissent avec soin le cas de force majeure. « Considérant, dit un arrêt
« du 3 juillet 1912 (1), que si les grèves, partielles ou géné-
« rales, qui peuvent se produire dans les usines de fabri-
« cation au cours d'un marché de fournitures, n'ont point
« nécessairement, au point de vue de l'exécution du con-
« trat qui lie le fournisseur et l'Administration, le carac-
« tère de force majeure, il y a lieu dans chaque espèce,
« par l'examen des faits de la cause, de rechercher si la
« grève a eu pour origine un fait grave de la part de l'entre-
« preneur, si elle pouvait être évitée ou arrêtée par lui, ou
« si elle a constitué pour lui un obstacle insurmontable à
« l'exécution de ses obligations; qu'il résulte de l'instruc-
« tion que les grèves que la société a subies en 1905 et en
« 1906 n'ont pas eu pour cause une faute de la requérante;
« que celle-ci, étant donné les circonstances dans les-

1. 3 juillet 1912, Société métallurgique de l'Ariège (Lebon, p. 771).

« quelles ces grèves se sont produites, n'a pu ni les prévenir, ni les arrêter; qu'enfin ces grèves, qui ont désorganisé l'usine de la société, ont été pour cette dernière une cause de retards inévitables dans la livraison de ses fournitures; qu'elles ont constitué ainsi pour ladite société des événements de force majeure. »

Pour la jurisprudence administrative comme pour la jurisprudence civile, il n'y a donc, à vraiment parler, de force majeure que si le fait envisagé remplit les trois conditions suivantes :

- 1^o Etre indépendant de la volonté des parties;
- 2^o N'avoir pu être prévu ou arrêté;
- 3^o Mettre un obstacle absolu à l'exécution de la convention.

De ces trois caractères, les deux premiers sont communs au cas de force majeure et au fait imprévisible. Il n'en est pas de même du troisième : l'événement imprévisible ne constitue jamais — et c'est là une différence capitale — un obstacle insurmontable; il rend seulement l'exécution de l'obligation plus difficile ou plus onéreuse.

A vrai dire, dans la pratique, la distinction du fait imprévisible et du cas de force majeure est moins accusée qu'en théorie. Pas plus d'ailleurs que l'impossibilité de prévoir, l'impossibilité d'exécuter ne peut être, dans les applications concrètes, entendue dans un sens absolu.

Cette impossibilité est laissée à l'appréciation du juge qui, sous l'empire de considérations diverses, est amené à reconnaître le caractère de force majeure à des faits qui ne sont pas, rigoureusement parlant, des obstacles insurmontables. Parfois, la distinction de la force majeure et du fait imprévisible s'est trouvée ainsi réduite à une simple différence de degré dans la difficulté d'exécuter l'obligation. On conçoit donc que le Conseil d'Etat, dans des circonstances où l'équité paraissait l'exiger, ait cru devoir étendre l'exonération qu'aurait assurée au débiteur un véritable cas de force majeure aux difficultés graves rencontrées dans l'accomplissement des engagements contractés.

Mais les effets attachés à ce fait que les difficultés survenues ne sont pas imputables au débiteur ne sont pas les mêmes dans les deux cas. Si le juge reconnaît l'existence de la véritable force majeure, il est nécessairement conduit à constater l'impossibilité matérielle de poursuivre l'exécution du contrat et à prononcer la résiliation de celui-ci. S'il admet seulement l'imprévision, la résiliation du contrat ne s'ensuivra pas nécessairement, et il sera possible d'exiger la continuation du contrat moyennant une juste indemnité.

Comment cette indemnité sera-t-elle calculée? Il s'agit, suivant l'expression de M. Chardenet, « de rémunérer l'entrepreneur des charges extracontractuelles qu'il n'avait pas à supporter en principe et qu'il avait supportées. » Et si ces charges sont extracontractuelles, c'est, autant que possible, par une convention nouvelle entre les parties que doit être déterminée la rémunération correspondante.

« Une situation semblable, dit M. Chardenet, c'est aux parties contractantes qu'il appartient d'y faire face, c'est à elles de fixer par un accord les conditions nouvelles destinées à assurer le fonctionnement du service public. Lors de la passation du contrat, on n'avait point songé que toutes ces difficultés pourraient se produire. Si on les avaient soupçonnées, on aurait édicté des dispositions permettant de les surmonter. Elles se sont produites : les parties doivent se mettre d'accord pour trouver le moyen d'en triompher. »

A défaut d'entente, et dans ce cas seulement, le juge devra arbitrer l'indemnité due au concessionnaire.

Ce faisant, — et M. Chardenet insiste à deux reprises dans ses conclusions sur ce point, — le juge ne refera pas le contrat. Il fera ce qu'auparavant il avait invité les parties à faire elles-mêmes : il complètera le marché par une convention additionnelle.

La partie la plus faible de l'arrêt est celle qui est relative aux bases sur lesquelles doit être calculée l'indemnité. C'est aussi la plus faible des conclusions du commissaire

du Gouvernement. M. Chardenet se défend d'ailleurs de chercher à préciser ces bases. « On pourra, dit-il, tenir compte de l'amplitude des variations dans les prix du charbon, tels qu'ils ont été indiqués au contrat, au cas où le contrat contiendrait quelques dispositions sur ce point. On tiendra compte des stocks aux usines ou des marchés que le concessionnaire avait pu avoir passé avant qu'une hausse sur les charbons se fût produite. On tiendra compte de la hausse des sous-produits du gaz vendus par les concessionnaires. Parfois, on aura encore à tenir compte de la durée de la concession, du temps restant à courir, le concessionnaire pouvant, après la période des difficultés, trouver des années excellentes, etc. »

De ces indications, une chose est surtout à retenir : c'est que, pour le calcul de la compensation due au fournisseur, on tiendra compte, dans certains cas, d'éléments étrangers aux événements imprévisibles qui ont bouleversé l'économie du contrat. C'est ce qu'exprime également l'arrêt lorsqu'il renvoie les parties à fin de s'entendre sur la « part des conséquences de la situation de force majeure » à mettre à la charge du concédant. Il manifeste clairement par là qu'il n'entend pas exonérer le concessionnaire de toutes les conséquences des événements imprévisibles. En d'autres termes, après avoir proclamé que les conséquences des aléas imprévisibles sont extracontractuelles, ce qui implique pour le moins que le concessionnaire ne peut être contraint de continuer à assurer l'exécution de son contrat sans être intégralement indemnisé, le Conseil d'Etat renonce en partie à ce principe. La théorie de l'imprévision n'est point ici d'une logique rigoureuse. Elle constitue un vigoureux effort pour expliquer et justifier les solutions admises par la Justice administrative, mais elle n'y parvient pas complètement. C'est que le but essentiel poursuivi par le conseil d'Etat est de mettre le concessionnaire en état de poursuivre son exploitation. La théorie est une explication *a posteriori* qui ne peut entièrement rendre compte de la solution adoptée.

Telle est, dans ses grandes lignes, la théorie de l'imprévision : il reste à examiner dans quelle mesure le Conseil d'Etat l'a appliquée, aux marchés de fournitures à la suite de l'arrêt du 30 mars 1916.

CHAPITRE IV

MARCHÉS DE FOURNITURES CONCLUS AVANT LA GUERRE ET EXÉCUTÉS PENDANT LA DURÉE DE CELLE-CI

Les décisions rendues sur des espèces de ce genre, si elles sont fort importantes, sont relativement peu nombreuses. Bien des marchés passés par l'Etat sont, en effet, de courte durée et comme, dans les premiers mois de la guerre, les modifications des prix ont été relativement peu sensibles — si ce n'est, toutefois, pour les matériels et produits immédiatement nécessaires aux besoins des armées — ces contrats se sont souvent exécutés sans difficultés sérieuses. Nombre d'autres marchés étaient soumis à des cahiers de charges qui posaient le principe d'une révision en cas de guerre. Il en était ainsi notamment des clauses et conditions générales du 24 juillet 1903 applicables aux marchés de la guerre, dont l'article 38 est ainsi conçu :

« Sauf indications contraires contenues dans le cahier
« des charges spéciales, le cas de guerre ne dégage pas l'en-
« trepreneur des obligations qu'il a contractées. Toutefois,
« si les conditions du marché ont été profondément modi-
« fiées du fait de la guerre, l'entrepreneur est admis à ré-
« clamer au ministre, sauf recours au Conseil d'Etat, soit
« la résiliation pure et simple du traité, soit le paiement
« d'une indemnité préalable. »

Là même où le contrat ne contenait aucune clause permettant la révision de ses conditions, des mesures d'équité furent prises. En particulier, le ministre de la Marine, dans une circulaire du 24 novembre 1914, — après avoir posé en principe que la guerre ne constituait pas forcément un empêchement absolu d'exécuter les marchés, que les four-

nisseurs devaient apporter la preuve de l'impossibilité où ils se trouvaient de tenir leurs engagements, et qu'à défaut de cette preuve, le marché devait subsister — ajoute, toutefois, que si l'état de guerre avait eu pour effet de rendre plus difficile ou plus onéreuse l'exécution du marché, la Marine ne se refuserait pas à accorder, sur justifications précises, des délais supplémentaires ou même des majorations de prix.

Les règlements de ce genre furent assez nombreux dans les divers départements pour que le ministère des Finances jugeât, à son tour, nécessaire de formuler à ce sujet des règles générales applicables à toutes les administrations. Sa circulaire du 27 juin 1916 (1) est fondée sur les mêmes principes que celle du ministre de la Marine du 24 novembre 1914. Elle rappelle tout d'abord que les fournisseurs n'ont pas le droit d'exiger la résiliation de leurs marchés, à moins de justifier d'un cas de force majeure mettant un obstacle absolu à l'exécution de leurs engagements, et que, par suite, « à moins d'une clause « expresse de son contrat, le titulaire d'un marché ne peut « invoquer, pour se soustraire à ses obligations, le caractère onéreux du marché. » Toutefois, reconnaît le ministre des Finances, « il ne serait pas équitable de faire supporter par les adjudicataires des pertes hors de proportion avec celles dont ils pouvaient raisonnablement prévoir l'éventualité. Il n'est pas non plus de l'intérêt « bien compris des services publics d'exiger des fournisseurs une collaboration ruineuse pour ces derniers. « Il paraît donc légitime, le cas échéant, lorsqu'on se trouve « en présence de justifications probantes et précises, « d'accorder au besoin des indemnités. »

Quelle doit être la mesure de cette indemnité? « Les « majorations de prix ainsi concédées ne doivent pas tendre « à assurer au fournisseur un bénéfice égal à celui qu'il « escomptait au moment de traiter. Le surcroît de charges « dû aux circonstances doit, en effet, être considéré pour

1. B. O. 1917, p. 659.

« partie comme entrant dans les aléas normaux du marché et restant, par suite, à la charge des fournisseurs. »

Dans tous les cas, du reste, et avant tout, les services compétents devront s'inspirer de l'intérêt général. La rupture du lien contractuel ne saurait « être acceptée » toutes les fois qu'elle risquerait d'entraver la marche des « services publics : la solution qui s'impose, en pareil cas, « est de tenir la main à l'exécution du marché, moyennant « l'octroi au fournisseur d'une juste compensation. »

Comme on le voit, les circulaires précitées tendent au même but que les conceptions qui ont dicté l'arrêt du 30 mars 1916. Mais ces documents ne reconnaissent aux fournisseurs aucun droit à une indemnité : la compensation qu'ils leur est accordée, encore qu'elle soit de l'intérêt bien compris de l'Administration, ne constitue jamais qu'une faveur ; les décisions de l'Administration ne peuvent, suivant elle, donner lieu à un recours contentieux.

Cette conception a été rejetée par le Conseil d'Etat dans les quelques affaires qui lui ont été soumises. Il a reconnu que l'application de la théorie de l'imprévision constituait un droit pour le fournisseur.

Il convient d'examiner les circonstances dans lesquelles s'est établie cette jurisprudence, et de dégager les conditions auxquelles elle subordonne la reconnaissance de l'imprévision, ainsi que les effets qu'elle lui attribue.

SECTION I

Formation de la jurisprudence

§ 1^{er}. — PREMIÈRES APPLICATIONS

A. — Arrêt du 27 juillet 1917

C'est un an après l'arrêt du 30 mars 1916 que la question de l'application de la théorie de l'imprévision aux marchés de fournitures se posa devant le Conseil d'Etat, pour la

première fois depuis le début de la guerre, dans l'affaire de la Compagnie Générale des Automobiles Postales.

La Société requérante était entrepreneur du transport par automobiles des dépêches postales dans Paris. L'article 3 du cahier des charges de l'entreprise donnait à l'Administration le droit de « modifier les itinéraires, « d'augmenter ou de diminuer la longueur des courses, « de créer des courses nouvelles en spécifiant le type de « voiture à y affecter, ou de supprimer des courses existantes et de changer le type de voiture affecté à telle ou telle course. » Le cahier des charges stipule en outre « que la somme payée à l'entrepreneur sera modifiée en « conséquence, sans toutefois que la redevance mensuelle « pour l'ensemble des voitures de chaque type affectées au « service normal soit inférieure, en ce qui concerne les « jours ouvrables, à celle correspondant au parcours obtenu en multipliant le nombre de voitures prévues au « carnet n° 246 par 60 kilomètres et par le nombre de « jours ouvrables du mois. »

A la suite de la mobilisation et de la réduction du nombre des trains qui en était la conséquence, l'Administration avait diminué la longueur des parcours des automobiles de la Compagnie. Celle-ci demandait, par suite, le versement du minimum que lui assurait l'article 3 précité du cahier des charges, mais l'Administration lui déniait tout droit à l'application de cette disposition.

Le Conseil d'Etat donna raison à l'Administration en motivant ainsi sa décision : « Considérant que, dans les « termes où il est conçu, et eu égard à la relation précise « de cause à effet qui s'établit entre l'intention volontaire « de l'Administration dans les modifications des parcours « et le paiement d'un minimum de redevances, le texte « précité doit être regardé comme ayant pour objet de « garantir le concessionnaire contre les répercussions « financières des réductions de service volontairement « prononcées par l'Administration, en vertu du pouvoir « discrétionnaire qu'elle tient à cet égard du paragraphe 1^{er} « ci-dessus rappelé; mais qu'il n'a pu entrer dans les

« communes prévisions des parties de viser, en rédigeant
 « les dispositions dont il s'agit, le cas où le service imposé
 « à la compagnie et les redevances afférentes viendraient
 « à être réduites par le jeu de circonstances exception-
 « nelles et indépendantes de tout fait de l'Administra-
 « tion, telles que la mobilisation et le bouleversement
 « des horaires des trains et des transports postaux qui en
 « est résulté...

« Considérant que, de tout ce qui précède, il résulte que
 « la Compagnie Générale des Automobiles Postales n'est
 « pas fondée à soutenir que c'est à tort que le ministre
 « du Commerce, de l'Industrie, des Postes et Télégraphes
 « a refusé de lui allouer, à raison des réductions de service
 « imposées par l'état de guerre, le minimum de redevance
 « prévu par l'article 3 du cahier des charges de l'entreprise,
 « qu'il appartient seulement à la compagnie requérante...
 « de demander, au moyen notamment de la révision de son
 « contrat, telle réparation ou compensation qu'elle se
 « croirait fondée à réclamer, à raison des charges exception-
 « nelles qu'elles justifierait lui avoir été imposées par les
 « circonstances imprévues dont il a été parlé ci-dessus. »

La requête du fournisseur ne pouvait manifestement pas se fonder sur l'article 3 du cahier des charges. Cet article, qui réserve à l'Administration la faculté d'adapter à tout instant l'exploitation aux besoins du service public, et qui garantit, en contrepartie, à l'entrepreneur un minimum de rémunération, n'est nullement applicable aux diminutions de parcours résultant des événements de la guerre. C'est donc à bon droit que le Conseil d'Etat a rejeté la requête de l'adjudicataire.

Si le Conseil d'Etat s'était borné à cette constatation, l'arrêt dont il s'agit n'intéresserait pas la présente étude. Mais le juge administratif est allé plus loin. Il constate que le bouleversement des transports postaux et les causes qui l'ont provoqué ont échappé aux communes prévisions des parties. Sans doute, puisqu'il n'est saisi que d'une demande tendant à l'application de l'article 3 du cahier des charges, il ne peut modifier l'objet du pourvoi, et statuer

ultra petita; mais il tient à indiquer à la société requérante qu'elle bénéficie d'une voie de recours spéciale à raison des charges exceptionnelles dont elle serait en mesure d'établir la justification, et l'invite, en quelque sorte, à exercer ce recours.

B. — *Arrêt du 8 février 1918 (Société d'Eclairage de Poissy (1))*

Après l'arrêt du 27 juillet 1917, il paraissait certain que le Conseil d'Etat persisterait à appliquer, comme par le passé, la théorie de l'imprévision aux marchés de fournitures. Mais les diverses administrations ne s'inclinèrent pas immédiatement. Elles montrèrent même une vive répugnance à se soumettre à la jurisprudence, déjà fortement établie pourtant, instituée en matière de concessions de services publics par l'arrêt du Gaz de Bordeaux.

Le ministre de l'Intérieur, dans une circulaire du 19 août 1916, s'efforçait d'établir que l'arrêt de 1916 n'était qu'une décision d'espèce et d'en limiter la portée. Alors même qu'ils accordaient des compensations aux concessionnaires et entrepreneurs, les divers ministères, férus de cette idée que l'attribution d'une indemnité n'était qu'une mesure bénévole, résistaient à une jurisprudence qui en faisait un droit pour les particuliers signataires de contrats administratifs; ils s'efforçaient d'obtenir tout au moins la limitation de la théorie de l'imprévision au seul domaine des concessions de services publics.

L'arrêt du 27 juillet 1917 ne constatait d'ailleurs pas expressément le droit du fournisseur à une indemnité; il appartenait à la compagnie requérante, disait cet arrêt, de demander telle compensation qu'elle croirait pouvoir réclamer à raison des pertes extraordinaires qu'elle pourrait avoir subies; mais il ne préjugait pas formellement le succès d'un tel recours; et, même en admettant que le droit du fournisseur fût implicitement reconnu, l'arrêt n'en indiquait ni les limites, ni les modalités.

1. *Revue du Droit public*, 1918, p. 219 et suiv.

Il fallait, pour que les administrations acceptassent la théorie du Conseil d'Etat, que la question fut tranchée d'une manière moins incidente. C'est ce que fit le Conseil dans un arrêt du 8 février 1918, rendu au profit de la Société d'Eclairage de Poissy (1).

La société requérante s'était engagée, par un marché du 25 janvier 1908, à fournir le gaz d'éclairage à la maison centrale de Poissy, au prix unique de 0 fr. 13 le mètre cube, sans distinction, et quel que fût le prix du charbon. Elle demandait un relèvement de prix, à raison des circonstances exceptionnelles nées de la guerre. Le ministre, sans répondre par un refus catégorique, se réservait d'examiner, à la fin du marché, s'il y avait lieu de tenir compte à la compagnie d'une indemnité; mais il n'y avait là aucun engagement de sa part, et la société, prétendant avoir droit à une indemnité immédiate, forma un pourvoi en Conseil d'Etat.

Dans son mémoire en défense, le ministre fit valoir que la Société n'était pas un concessionnaire, qu'elle n'était pas chargée d'assurer un service public, d'exploiter un ouvrage public en percevant des redevances sur les usagers. Il s'agissait, disait-il, d'un contrat d'abonnement au gaz, d'un marché de fournitures auquel les règles établies par l'arrêt du 30 mars 1916 pour un contrat de concession n'étaient pas applicables.

Cette argumentation, vivement combattue par M. Corneille, commissaire du Gouvernement, fut rejetée par le Conseil d'Etat. Dans l'arrêt rendu, il n'est point question d'innover; on ne songe pas à développer les conséquences de la théorie de l'imprévision, à la compléter dans ce qu'elle peut avoir d'inachevé : l'arrêt du 8 février 1918 est calqué sur celui de 1916. Le point capital consiste dans l'assimilation des marchés de fournitures aux contrats de concession, en ce qui concerne les conditions dans lesquelles peut être reconnu au fournisseur le bénéfice de l'imprévision.

1. 8 février 1918, *Société d'Eclairage de Poissy c. ministre de la Justice*. Conclusions de M. Corneille, Commissaire du Gouvernement. Note de M. Jèze (*Revue du Droit Public*, 1918, p. 219).

Et cette jurisprudence, inaugurée par l'arrêt du Gaz de Poissy, a été confirmée par diverses décisions (1).

§ II. — MOTIFS DE LA DÉCISION DU CONSEIL D'ÉTAT DANS L'AFFAIRE DU GAZ DE POISSY

Les raisons qu'avait le Conseil d'Etat d'appliquer la même jurisprudence aux marchés de fournitures et aux traités de concession ont été longuement développées par M. Corneille dans ses conclusions. Pour lui, l'application de la théorie de l'imprévision à l'espèce soumise au Conseil d'Etat s'impose pour deux motifs : elle est conforme aux précédents ; elle est imposée par les motifs mêmes sur lesquels repose l'arrêt de 1916.

1^o *Les précédents*. — Tout d'abord M. Corneille invoque l'arrêt du 20 juillet 1917 : « La question, dit-il, est-elle « bien entière?... Depuis l'arrêt du 30 mars 1916, vous en « avez rendu un autre plus récent, celui du 20 juillet 1917 « sur la société des Automobiles Postales ; il s'agissait bien « d'un marché de fournitures de transport, et vous avez dit « qu'il appartenait à la compagnie requérante de provoquer « la reprise des pourparlers qui avaient eu lieu auparavant « entre elle et l'Etat, et de demander, au moyen notamment « de la révision de son contrat, telle réparation ou compensation qu'elle se croirait fondée à réclamer, à raison des « charges exceptionnelles qu'elle justifierait lui avoir été « imposées par les circonstances imprévues dont il est parlé « ci-dessus » (c'est-à-dire par l'état de guerre).

Mais il y a plus : c'est aux marchés de fournitures que la théorie de l'imprévision a été appliquée pour la première fois ; c'est en eux qu'elle trouve son origine.

« Toute la différence — poursuit M. Corneille — toute « la différence qu'on veut faire entre l'affaire de 1916 et « l'affaire actuelle est fondée sur cette idée qu'un traité « de concession, c'est quelque chose de tout à fait exception-

1. 21 février 1919. *Houdry* (Lebon, p. 194) ; 12 mars 1920, *C^{1e} des Automobiles Postales* (Lebon, p. 275) ; 26 mars 1923, *C^{1e} du Bourbonnais* (Lebon, p. 317).

« nel, de tout à fait spécial, qui ne ressemble en rien
 « aux simples marchés de fournitures de l'Etat, et qui,
 « par conséquent, doit être régi par des principes tout
 « différents.

« Or, le point de départ d'un tel raisonnement est pré-
 « cisément en antinomie avec le point de départ des motifs
 « de votre arrêt de 1916; vous vous êtes inspirés d'une
 « théorie précisément admise en matière de marchés; la
 « théorie de l'imprévision de votre arrêt est précisément
 « tirée de la théorie des difficultés exceptionnelles ren-
 « contrées en matière de travaux publics, de telle sorte
 « qu'appliquer, en matière de simples marchés, les principes
 « de votre arrêt de 1916, c'est précisément revenir à leur
 « point de départ. »

Il ne s'agissait donc pas, en l'espèce, d'établir une jurisprudence nouvelle, mais de se conformer aux arrêts antérieurs du Conseil d'Etat. Il y avait, d'ailleurs, les mêmes raisons d'appliquer la théorie de l'imprévision à l'affaire du Gaz de Poissy qu'à celle du Gaz de Bordeaux.

2^o *Raisons juridiques de l'assimilation des marchés et des traités de concession.* — Pourquoi avait-on appliqué la théorie de l'imprévision aux concessions de services publics? M. Corneille l'explique en ces termes : « C'est d'abord :

« 1^o que des contrats de la nature de ceux dont il
 « s'agissait dans votre arrêt sont, avant tout, des con-
 « trats de bonne foi, qui doivent l'être tant du côté de
 « l'Etat que de son co-contractant.

« 2^o Que ce sont des contrats de nature particulière où
 « intervient l'idée de l'intérêt général du service public;
 « c'est qu'il faut, avant tout, que ce service se fasse, qu'il
 « ne se ferait pas si l'on s'en remettait aux solutions pures
 « du Code civil, à la théorie de l'article 1148 du Code civil,
 « à la théorie de la force majeure amenant la résolution
 « du contrat...

« Si ce sont des contrats de nature particulière, il faut
 « y introduire les théories traditionnelles du droit admi-
 « nistratif, les théories relatives aux imprévus, aux
 « sujétions extra-contractuelles déduites dans les arrêts

« afférents aux marchés de travaux publics, pour les difficultés exceptionnelles de déblais par exemple, et qui ont été admises par compensation du droit que possède l'Administration de modifier les conditions du travail au cours du marché, celles relatives aux sujétions étrangères à l'économie du contrat, déduites d'autres arrêts, en un mot, celles se basant sur l'intention commune de parties en cause. »

Or, les principes de l'arrêt de 1916 doivent, selon le commissaire du Gouvernement, s'appliquer aux marchés de fournitures (1).

Toute l'argumentation du commissaire du Gouvernement tend à établir que l'exécution des marchés de fournitures n'importe pas moins à l'intérêt public que celle des contrats de concession.

« Puisque le service public, ajoute-t-il, est fait pour donner satisfaction régulière et continue à des besoins collectifs qui durent tant que dure la collectivité (non appelée à disparaître comme les individus), la continuité est de l'essence du service public... Si la continuité est de l'essence du service public, le marché passé en vue du service public doit, avant tout, s'il a été conclu pour une certaine durée, continuer à produire ses effets; le principe de continuité est donc un élément essentiel du droit en ce qui concerne les marchés de service public. Et, étant donné la base juridique de cette règle, pourquoi ne s'appliquerait-elle pas aussi bien en matière de fournitures ordinaires qu'en matière de concession?

« C'est sur la notion du service public, sur la nécessité de son maintien qu'a été motivée la situation par vous admise dans votre arrêt de 1916. C'est donc une solution analogue, pour des motifs identiques, qui doit s'appliquer à tous les marchés, sous quelques modalités qu'ils aient été conclus, du moment qu'il s'agit bien de marchés intéressant le fonctionnement même des services publics. »

1. Mais ils ne s'appliquent point à tous les marchés de cette catégorie : M. Corneille fait, à cet égard, des distinctions qui seront examinées plus loin (p. 86 et s.).

Sous cette dernière réserve, les marchés, comme les contrats de concession, sont dominés par le principe de la continuité du service public. M. Corneille en conclut que ces deux catégories de conventions ont la même nature juridique : « Qu'est-ce qui distingue, au fond, la concession « du marché? Au fond, c'est surtout le mode de rémunération du fournisseur. Au lieu d'être rémunéré directement sur les crédits de l'Etat, le concessionnaire est rémunéré par les fonds des usagers de sa concession. Réduite « à cela, la différence nous paraît alors sans influence sur « les principes exceptionnels à appliquer aux contrats de « service public, en cas de circonstances exceptionnelles « comme celles que nous traversons. La concession ne change « pas la nature juridique du service public; il reste service public... Si le fait qu'il y a concession ne change « pas la nature du service public concédé, il en résulte « que les mêmes principes doivent s'appliquer aux services publics, concédés ou non concédés, du moment « que ces principes dérivent de la notion du service public. »

Cette conception est exactement le contrepied de celle que défendait le ministre de la Justice. Tandis que le commissaire du Gouvernement ne voit, entre les marchés et les contrats de concession, qu'une différence toute secondaire, ces deux catégories de contrats administratifs sont, aux yeux du ministre, séparés par une différence de nature. Seuls, suivant ce dernier, les contrats de concession importent à l'intérêt du service public et peuvent donner lieu à l'application des principes établis par l'arrêt de 1916.

D'où cette conséquence qu'il faut refuser aux marchés de fournitures l'application de la théorie de l'imprévision et contraindre le fournisseur à les exécuter sans modification, quelles que soient les circonstances.

Il semble bien que la thèse de l'Administration était, comme l'affirme le commissaire du Gouvernement, en contradiction avec les règles fondamentales de la théorie de l'imprévision, telles que les établit l'arrêt de 1916.

Cette théorie repose, comme on l'a vu, sur les bases suivantes :

1^o Le respect de la bonne foi et de l'intention commune des parties ne permettent pas, lorsque surviennent des événements imprévus, d'imposer au traitant l'exécution pure et simple de son contrat;

2^o Par contre, l'intérêt du service public autorise l'Administration à imposer au concessionnaire d'assurer sans interruption l'exploitation du service public;

3^o La conciliation de ces deux principes contraires se fait par l'attribution d'une indemnité au concessionnaire.

Le premier de ces principes ruine la thèse ministérielle; il repose sur l'interprétation de la volonté des parties.

Or, les règles générales de l'interprétation sont nécessairement les mêmes dans tous les contrats, quelle qu'en soit la nature, quel qu'en soit l'objet. Comme l'a dit M. Berthélemy, « il n'y a pas deux manières d'entendre la bonne foi (1). »

On doit reconnaître, en conséquence, que les événements imprévisibles mettent obstacle à l'exécution des conventions primitives, aussi bien dans les marchés de fournitures, que dans les traités de concession. Le respect de l'intention des parties doit donc conduire, dans l'affaire du Gaz de Poissy, non au maintien pur et simple du contrat, comme le demandait le ministre de la Justice, mais à sa résiliation.

On ne peut donc justifier, dans le système du Conseil d'Etat, la continuation de l'exécution du marché, en dépit des événements survenus, qu'en recourant au principe de la continuité du service public. C'est ce qu'a fait le commissaire du Gouvernement dans l'affaire du Gaz de Poissy; c'est également ce que fait le Conseil d'Etat, adoptant les conclusions de M. Corneille, lorsqu'il invoque, pour justifier l'indemnité qu'il accorde au fournisseur, l'intérêt du service public dont — il a soin de le constater — le ministre exigeait la continuation.

Or, il semble bien qu'en l'espèce, le commissaire du Gouvernement et le Conseil d'Etat étaient fondés à faire appel à ce principe. Si la Société du Gaz de Poissy, entrepreneur

1. H. Berthélemy, *Communes et Gaziers (Revue politique et parlementaire, 1917, p. 35).*

de l'éclairage d'une prison, ne gère pas le service pénitentiaire, elle est étroitement associée à cette gestion; l'éclairage de la prison est indispensable au fonctionnement normal du service, et l'intérêt général exige d'autant plus l'exécution du marché qu'il a été passé pour permettre à l'Etat d'exercer l'une de ses attributions fondamentales, l'une de celles dont il ne se décharge jamais sur un particulier. Et c'est précisément parce qu'un marché de cette nature intéresse le bien général que le Conseil d'Etat a fait application à ce contrat des principes de l'arrêt de 1916.

SECTION II

Étendue du champ d'application de la théorie de l'imprévision en ce qui concerne les marchés de fournitures.

§ 1^{er}. — CONCEPTIONS DE M. LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT CORNEILLE

Dans l'affaire du Gaz de Poissy, M. Corneille distingue deux catégories de marchés de fournitures : ceux qui intéressent « le fonctionnement même des services publics, d'une part, et, de l'autre, les marchés ordinaires. »

A la première catégorie seulement doit s'appliquer dans son intégralité la théorie de l'imprévision. Le commissaire du Gouvernement en refuse en effet le bénéfice aux marchés ordinaires qu'il paraît assimiler aux contrats du droit privé : ainsi, dans ces marchés où, suivant l'expression de M. Corneille, « l'Etat traite comme un simple particulier », le fournisseur ne pourrait invoquer d'autres causes légitimes d'exonération que l'impossibilité d'exécuter (1).

1. V. dans le même sens Cons. d'Et. 16 février 1921, *Daisay* (Lebon, p. 173). — Dans ses observations sur l'arrêt du *Gaz de Poissy* (*Revue du Droit public*, 1918, p. 219 et s.), M. Jèze émet, au contraire, l'avis que le fournisseur lié par un marché ordinaire pourra obtenir « soit la résiliation pure et simple du traité, soit une indemnité préalable. » Cette conception, qui paraît différente de celle de M. Corneille, est l'aboutissement logique des principes sur

La première conséquence de la distinction faite par le commissaire du Gouvernement est un resserrement du champ d'application de la théorie de l'imprévision. Il ne semble pas que la jurisprudence antérieure à la guerre ait subordonné l'attribution d'une indemnité à d'autres conditions que la survenance d'événements imprévus bouleversant l'économie du contrat. Il cesse d'en être ainsi dans le système de M. Corneille qui exclut toute une catégorie de marchés du bénéfice de la théorie de l'imprévision.

En même temps, les contrats de concession et les marchés de fournitures intéressant particulièrement l'exécution des services publics cessent de s'opposer par leur nature juridique; la notion de l'intérêt général et des droits spéciaux qui en résultent pour les personnes administratives gagne du terrain; la catégorie des contrats de concession s'élargit pour s'étendre à une partie des marchés de fournitures. Par là même, la classe des traités de fournitures perd son unité juridique. Les uns se voient appliquer en leur entier les principes de l'arrêt de 1916; les autres sont assimilés aux contrats du droit privé. Il importe donc de se rendre compte de la démarcation entre ces deux catégories de marchés de fournitures.

« Nous estimons, dit M. Corneille dans l'affaire du Gaz de Poissy, que les principes déduits de l'arrêt (de 1916) s'appliquent non seulement aux traités de concession, mais encore à la plupart des simples marchés de fournitures, en tout cas aux marchés de fournitures continus et multiples passés par l'Etat, opposés aux marchés de livraison, aux marchés consistant dans une livraison accidentelle et unique » où l'Etat traite comme un simple particulier. »

lesquels repose l'arrêt de 1916. L'intention commune des parties, qui doit s'interpréter de la même manière dans toutes les conventions administratives, ne permet pas plus dans les marchés ordinaires que dans les marchés « de service public » de mettre les aléas imprévisibles à la charge du fournisseur. Et comme l'absence de tout intérêt suffisant du service public interdit à l'Administration d'exiger la continuation du contrat, on aboutit nécessairement, à défaut de la conclusion d'une convention additionnelle librement consentie, à la résiliation du contrat.

La première catégorie de marchés, à laquelle s'applique dans son entier la théorie de l'imprévision, comprend à tout le moins certains traités de longue durée dont voici les traits distinctifs :

a) Ils sont passés par l'Etat (il semble que M. Corneille se refuse à ranger parmi eux les contrats de fournitures passés par les personnes administratives inférieures, et qui, par là même, affectent l'intérêt public à un moindre degré).

b) Leur durée d'exécution dépasse plusieurs années (elle atteint dix ans dans l'affaire du Gaz de Poissy, douze ans en ce qui concerne un marché passé par la Compagnie du Bourbonnais) (1).

c) Ce sont enfin des marchés comportant des fournitures multiples et continues. En d'autres termes, M. Corneille exige ici la périodicité des prestations ou, tout au moins, leur répétition.

On remarquera que les traités réunissant ce triple caractère sont calqués sur les contrats de concession dont ils ont les traits distinctifs essentiels, quoique, dans certains cas, à un moindre degré.

Aux contrats de longue durée dont il vient d'être question, le commissaire du Gouvernement assimile, non sans quelque hésitation, la plupart des autres marchés de fournitures; mais il marque, pour ce rattachement, plutôt une préférence qu'une opinion bien arrêtée. La définition de ces marchés, telle qu'elle résulte du passage ci-dessus cité des conclusions de M. Corneille, est d'ailleurs purement négative : elle comprend tous ceux qui n'entrent pas dans la seconde catégorie ci-après visée.

Cette seconde catégorie est celle des marchés comportant une prestation « accidentelle et unique, où l'Etat « traite comme un simple particulier » : elle ne saurait bénéficier de l'application des règles établies par l'arrêt du 30 mars 1916.

Deux ans plus tard, M. Corneille, déposant ses conclu-

1. Lebon 1923, p. 317.

sions dans l'affaire Fromassol, du 3 décembre 1920 (1), y fait une nouvelle classification des contrats administratifs qui est, déclare-t-il, l'expression, non pas de son opinion personnelle, mais de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

« Il y a, dit-il, une distinction primordiale à établir, « il y a une gradation que vous avez établie suivant que « l'entrepreneur, le fournisseur collabore plus ou moins « étroitement au service public. A ce point de vue, on « remarque, tout au haut de l'échelle, la concession...; il « y a, en situation intermédiaire, le marché de fournitures « à longue durée et à fournitures continues et multiples et, « en bas de l'échelle, le simple marché de fournitures isolé, « unique, qui se rapproche parfois si bien du contrat privé, « qui en adopte si parfaitement les règles et les conditions « que vous le déclarez en dehors de la compétence du juge « administratif. »

Dans cette dernière expression de sa pensée, M. Corneille paraît incliner, contrairement à l'opinion manifestée par lui dans ses conclusions de 1918, à assimiler la généralité des marchés de fournitures, non plus aux traités de longue durée, mais aux contrats passés pour des fournitures isolées. Aux traités de fournitures à prestations multiples que « le fait de la longue durée du marché et l'aléa d'association du fournisseur au service public lui-même rapprochait singulièrement des marchés de concession », il oppose en effet « les marchés à livraison unique ou rapidement échelonnée », dans lesquels la brièveté du délai d'exécution permet au fournisseur de mieux mesurer les risques de l'entreprise, en un mot, la plupart des marchés de fournitures. Seuls, ou à peu près seuls, dans cette thèse nouvelle, les contrats de longue durée restent soumis à la théorie de l'imprévision.

1. V. les conclusions de M. Corneille et les observations de M. Jèze dans la *Revue du Droit public*, 1921, p. 73 et s.

§ 2. — JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ETAT

La classification établie par M. Corneille soulève de sérieuses objections. Elle est uniquement fondée sur le caractère plus ou moins étroit de la collaboration donnée par le traitant au service public. Elle place au premier degré le concessionnaire qui est le gérant du service public; puis viennent des collaborateurs moins directs : d'abord les signataires des marchés de longue durée qui, sans constituer à proprement parler des actes de gestion, intéressent cependant le fonctionnement même du service public; ensuite, les signataires de marchés ordinaires, dont l'inexécution ne peut apporter aucun trouble sérieux dans l'exploitation du service.

Or cette classification est incomplète : elle ne tient aucun compte de la hiérarchie des services publics. Elle néglige cette considération que les services publics concédés, à de très rares exceptions près, ne sont pas de ceux qui sont indispensables à l'existence de l'Etat. Celui-ci gère lui-même les services essentiels pour l'exercice de ses attributions, la justice, la défense nationale par exemple. Ce sont ces services qu'il convient d'assurer avant tout, de sorte que les marchés passés pour leur exécution peuvent, dans certaines circonstances, avoir plus d'importance pour l'intérêt général qu'un contrat de concession.

En résumé, une classification des contrats administratifs sous le rapport de l'intérêt public doit être fondée à la fois sur la hiérarchie des services publics et sur la hiérarchie des contrats administratifs entre eux. Une telle classification permet d'aboutir à des solutions plus nuancées que celle de M. Corneille qui, dans la pratique, s'est montrée trop rigide pour pouvoir être rigoureusement observée. C'est pourquoi le Conseil d'Etat, bien qu'il ait paru tout d'abord adopter le système du Commissaire du Gouvernement, a été amené, par la force des choses, à s'en écarter de plus en plus.

Voici les grandes lignes de cette évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Le premier des marchés de longue durée sur lesquels a statué le Conseil d'Etat est parfaitement assimilable aux contrats de concession. C'est le marché passé par la Compagnie des Automobiles Postales avec le ministre du Commerce, et qui a fait l'objet des décisions des 20 juillet 1917, 12 mars 1920 et 25 novembre 1921. La société est concessionnaire des transports postaux dans Paris, du 1^{er} décembre 1911 au 1^{er} décembre 1923, soit pendant douze ans; elle a subi une perte que les experts chiffrent à plus de trois millions de francs (1); enfin la Société ne paraît pas avoir d'autre exploitation que celle régie par le contrat précité : le concours de l'Administration a, dans cette espèce, le même caractère de nécessité que dans les concessions.

Assez différente déjà est la situation dans les autres marchés de longue durée sur lesquels le Conseil d'Etat est appelé à statuer. La durée en est, il est vrai, considérable (2), mais l'exécution du marché n'est généralement pas l'élément principal de l'activité du fournisseur. La Société d'Eclairage de Poissy, la Compagnie du Bourbonnais qui ont passé marché pour l'Eclairage de prisons sont l'une et l'autre des sociétés de distribution d'électricité pour lesquelles le marché conclu n'a, visiblement, dans l'ensemble de leur opérations, qu'une importance secondaire. Les pertes subies sont d'ailleurs relativement faibles. Dans l'affaire Houdry, la réclamation du fournisseur, entrepreneur de l'éclairage et du chauffage de la prison de la Santé, chiffre sa réclamation à 57.332 francs (3); l'indemnité qui lui est allouée, et qui représente les neuf dixièmes du préjudice résultant des faits imprévisibles, ne dépasse pas

1. Voir les conclusions de M. Corneille, Commissaire du Gouvernement, 25 novembre 1921. *C^{ie} des Automobiles Postales* (*Revue du Droit public*, 1921, p. 433 et s.).

2. Dix ans dans l'affaire Houdry (21 février 1919. Lebon, p. 194); dans l'affaire du Gaz de Poissy et dans celle de la C^{ie} du Bourbonnais (26 mars 1923. Lebon, p. 317)

3. 21 février 1919, *Houdry* (Lebon, p. 194).

18.000 francs (1). Ainsi le Conseil d'Etat cesse d'exiger, contrairement à ce qu'il avait paru admettre dans son arrêt de 1916, que l'importance des pertes subies par le fournisseur soit de nature à entraîner sa ruine et à compromettre par là même la continuité du service public, ni que ces pertes, eu égard aux moyens financiers du fournisseur, constituent pour lui une sorte de force majeure : il lui suffit, pour que l'application de la théorie de l'imprévision lui paraisse légitime, que l'économie du contrat, envisagé en lui-même et indépendamment de la situation pécuniaire générale du fournisseur, soit bouleversée. Des marchés du genre de ceux dont il vient d'être question ressemblent bien plus à des marchés de fournitures ordinaires qu'à des contrats de concession.

Cette analogie conduisait à appliquer la théorie de l'imprévision aux simples marchés de fournitures : mais, l'argumentation développée par M. Corneille y résistait. De là une jurisprudence assez contradictoire et qui peut se résumer ainsi.

Tout d'abord, le Conseil d'Etat paraît, dans deux arrêts du 27 mars 1920 et du 16 février 1921, s'être montré hostile à l'extension de la théorie de l'imprévision aux simples marchés de fournitures.

Arrêt du 20 mars 1920, Dupuy-Chautard (2). — Le fournisseur, qui demandait une exonération de pénalités, prétendait avoir été mis dans l'impossibilité d'exécuter son marché dans les délais contractuels par la force majeure, et invoquait à cet égard les dispositions de son cahier des charges qui sont résumées dans les motifs ci-après reproduits de l'arrêt :

« Sur le moyen tiré des dispositions édictées par les articles 37 et 38 des clauses et conditions générales du
« 16 février 1903 : — « Considérant que les articles précités prévoient que les événements de force majeure de
« nature à entraver l'exécution d'un marché peuvent
« donner lieu à des sursis dans l'application des délais de

1. 16 juillet 1920, *Houdry* (Lebon, p. 722).

2. Lebon, 1920, p. 371.

« livraison ou d'exécution, et que l'entrepreneur peut
 « demander la résiliation de son marché ou le paiement
 « d'une indemnité équitable, si les conditions de ce marché
 « ont été profondément modifiées du fait de la guerre.

« Considérant que le sieur Dupuy-Chautard n'a demandé
 « à aucun moment la résiliation de son marché ou l'allocation d'une indemnité équitable..., qu'il suit de là que
 « sa demande n'est pas justifiée. »

Le Conseil d'Etat se borne donc à la stricte application des stipulations contractuelles; il exige que la demande du fournisseur soit présentée dans les formes mêmes indiquées par son marché, et se refuse à étendre par voie d'analogie le champ d'application des dispositions du cahier des charges. Cette interprétation stricte ne laisse aucune place à l'application de la théorie de l'imprévision.

Arrêt du 16 février 1921. Daisay (1). — Non moins significatif est cet arrêt qui est ainsi conçu :

« Considérant que le requérant soutient qu'il doit
 « être exonéré des pénalités qui ont été maintenues à sa
 « charge par la décision attaquée pour retard dans l'exécution de son marché, tout au moins de celles qui sont
 « afférentes aux fournitures dont la livraison devait être
 « faite après le commencement des hostilités...

« Considérant... que les circonstances de guerre, invoquées par le requérant comme constituant un cas de
 « force majeure, n'ont pas eu ce caractère au regard de
 « l'entrepreneur pour l'exécution de son marché; qu'en
 « effet, si elles ont créé au sieur Daisay des difficultés dont
 « l'Administration a d'ailleurs tenu compte en réduisant
 « le montant des pénalités encourues par l'application
 « stricte de son contrat, elles n'ont pas rendu impossible
 « l'exécution des obligations du fournisseur... »

Le Conseil d'Etat ne se contente pas ici, comme dans les cas d'application de la théorie de l'imprévision, de la preuve d'une difficulté grave, pour exonérer le fournisseur des pénalités mises à sa charge; il exige la preuve de

1. Lebon, 1921, p. 173.

l'existence d'un obstacle absolu, d'un cas de force majeure au sens strict du mot. Mais cette jurisprudence si rigoureuse ne s'est pas maintenue, et le Conseil a fini par admettre l'application de la théorie de l'imprévision aux marchés de courte durée conclus avant la guerre.

Un arrêt du 28 juin 1922, Société Veuve Chabrat et C^{ie} (1), constitue un acheminement vers cette jurisprudence nouvelle. La société, titulaire d'un marché de fourniture d'effets d'habillement pour le service des colonies du 1^{er} janvier 1914 au 31 décembre 1916, avait avisé le ministre des Colonies, le 6 mars 1915, « qu'il ne lui « était plus possible de continuer l'exécution des commandes « aux prix fixés au contrat »; le ministre, tout en se déclarant disposé à accorder certaines augmentations de prix, ajoutait que toutefois « l'examen auquel il avait dû se livrer « avant de prendre une décision ne pourrait avoir lieu « qu'après les hostilités. » La Société intenta le 1^{er} mai 1917 un pourvoi en Conseil d'Etat pour obtenir une solution immédiate.

Le Conseil, « considérant que le litige porte uniquement « sur la date à laquelle devait être opérée une révision de « prix dont le principe était admis par le ministre... et « que la Société Veuve Chabrat et C^{ie} est fondée à « soutenir que rien ne justifiait, en l'absence de toute « circonstance spéciale s'opposant à la liquidation, l'ajournement de sa demande jusqu'à la fin des hostilités », lui accorde, à titre de réparation, des intérêts moratoires.

Mais, en reconnaissant à la société le droit d'obtenir la fixation immédiate de l'indemnité à lui revenir, le Conseil reconnaissait aussi implicitement que l'indemnité réclamée était pour elle, non une faveur qui n'ouvrirait aucun recours à son profit, mais un droit. Le Conseil d'Etat n'en resta pas là, et dans un arrêt du 24 janvier 1923, Compagnie des Charbons et Briquettes de Blanzky (2) et de l'Ouest, consacra explicitement l'application de la théorie

1. Lebon, 1922, p. 558.

2. Lebon, 1923, p. 55.

de l'imprévision aux marchés de courte durée conclus avant la guerre.

La Compagnie des Charbons et Briquettes de Blanz y avait passé, à la veille de la guerre, deux marchés pour la fourniture de charbon aux forges nationales d'Indret. Elle avait demandé au ministre de la Marine, à raison des pertes résultant pour elle de l'état de guerre, une indemnité de 65.257 francs pour le premier marché, et de 38.600 fr. pour le second. Le ministre ne lui ayant accordé respectivement que 20.000 et 10.000 francs, la Société déféra sa décision au Conseil d'Etat.

L'arrêt rendu est ainsi motivé :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que la Compagnie requérante, qui a passé les 26 mars et 4 juin 1914, c'est-à-dire en pleine paix, des marchés pour la fourniture aux forges d'Indret d'agglomérés de charbons, de briquettes et de gailleteries par livraisons échelonnées respectivement jusqu'en novembre 1914 pour le premier marché, et jusqu'en mars 1925 pour le second, a rencontré, pour les livraisons faites postérieurement à l'ouverture des hostilités, des difficultés exceptionnelles, notamment à raison de la hausse du prix des charbons anglais, qui seuls pouvaient être employés, et de la hausse des frêts; que ces difficultés, que la Compagnie ne pouvait prévoir lors de la passation du contrat, et dont le ministre a reconnu lui-même, dans les décisions attaquées, l'existence, ont eu pour conséquence de bouleverser l'économie du contrat, et doivent dès lors donner ouverture, au profit de la Compagnie requérante, à un droit à une indemnité, ainsi que le ministre l'a admis dans les décisions déferées au Conseil d'Etat. »

Cette décision s'applique à des marchés d'une durée de six et de dix mois qu'il est absolument impossible de considérer comme des marchés de longue durée. Le Conseil d'Etat en arrive, par une évolution insensible, à appliquer la théorie de l'imprévision à des espèces qui s'écartent de plus en plus du type des contrats de concession et à l'étendre fort au delà des limites qu'assignait à l'applica-

tion de cette théorie M. le Commissaire du Gouvernement Corneille dans l'affaire Fromassol.

En même temps que la jurisprudence administrative évolue dans le sens qui vient d'être indiqué, l'importance attribuée à la notion d'intérêt public s'affaiblit. Cette notion justifiait l'obligation imposée au concessionnaire de poursuivre son exploitation qu'il eût été dangereux de faire changer de mains; or, dans un marché du genre de celui passé par la Société des Briquettes de Blanzzy, il eût été facile à l'Administration de remplacer éventuellement un fournisseur par un autre. Elle justifiait l'indemnité accordée au concessionnaire, menacé de la ruine par l'accroissement de son prix de revient, par cette considération que, sans indemnité, le concessionnaire se trouvait dans l'impossibilité d'assurer le service public : or, les pertes que peut subir un fournisseur dans l'exécution d'un marché de courte durée sont rarement assez fortes pour l'amener à suspendre ses livraisons. Insensiblement, la notion d'intérêt général cesse de justifier l'octroi de l'indemnité qui ne trouve plus sa raison d'être que dans le caractère imprévisible des événements survenus, et dans le bouleversement du contrat pris en lui-même et abstraction faite de la situation pécuniaire du fournisseur.

En un mot, au terme de son évolution, la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les marchés conclus avant la guerre et bouleversés par les circonstances économiques, se rapproche singulièrement des premiers arrêts consacrant la théorie de l'imprévision qui avaient pour base unique l'équité et le caractère inattendu des événements survenus.

SECTION III

Conditions d'application et effets de la théorie
de l'imprévision§ 1^{er}. — CONDITIONS D'APPLICATION DE LA THÉORIE
DE L'IMPRÉVISION

Un événement imprévisible est, par sa nature, exceptionnel. Il s'ensuit qu'en règle générale les aléas d'un marché sont des aléas normaux et sont donc à la charge du fournisseur. C'est ce que marque avec force le Conseil d'Etat dans les arrêts mêmes où il consacre la théorie de l'imprévision, en particulier dans l'arrêt rendu dans l'affaire du Gaz de Poissy : cet arrêt, qui n'est en cela que la copie de l'arrêt du 30 mars 1916, débute par les considérations suivantes :

« Considérant qu'en principe le marché de fournitures
« règle d'une manière définitive jusqu'à son expiration
« les obligations respectives du fournisseur et de l'adminis-
« tration ; que le fournisseur est tenu d'exécuter son contrat
« dans les conditions qui y sont précisées et moyennant la
« rémunération stipulée ; que la variation du prix des
« matières premières, à raison des circonstances écono-
« miques, constitue un aléa du marché qui peut, suivant
« les cas, être favorable ou défavorable au fournisseur et
« demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée
« avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévi-
« sions qu'elle a faits avant de s'engager. »

Le même motif figure dans l'arrêt Houdry du 21 février 1919 (1), dans l'arrêt du 12 mars 1920, Compagnie des Automobiles postales (2). Il fait défaut, par contre, dans la plupart des arrêts postérieurs. (3) Mais, même alors, le principe que le fournisseur doit, sauf exception, supporter les

1. Lebon, 1919, p. 194.

2. Lebon, 1920, p. 275.

3. 24 janvier 1923, *C¹e des Charbons et briquettes de Blanzv.* Lebon, p. 55 ; 26 mars 1923, *C¹e du Bourbonnais.* Lebon, p. 317.

aléas du marché, domine toute la jurisprudence du Conseil; il y est sous-entendu et, chaque fois d'ailleurs qu'une espèce d'un caractère nouveau se présente, ce principe réapparaît dans les motifs des arrêts (1).

Puisque les aléas exceptionnels seuls permettent de revendiquer le bénéfice de la théorie de l'imprévision, il importe de déterminer dans quel cas un aléa cesse d'être normal pour devenir un risque imprévisible. L'arrêt du 30 mars 1916 avait déjà répondu à cette question en ce qui concerne les contrats de concession. C'est la même solution qu'adopte le Conseil d'Etat dans l'affaire du Gaz de Poissy :

« Considérant, lit-on dans cet arrêt, que par suite de l'occupation par l'ennemi de la plus grande partie des régions productrices de charbon de l'Europe continentale, de la difficulté de plus en plus considérable des transports par mer à raison tant de la réquisition des navires que du caractère et de la durée de la guerre maritime, la hausse survenue au cours de la guerre actuelle dans le prix du charbon, qui est la matière première de la fabrication du gaz, s'est trouvée atteindre une proportion telle que, non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du marché; que, par suite du concours de circonstances ci-dessus indiquées, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée; que la Société d'Eclairage de Poissy est donc fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer, aux seules conditions prévues à l'origine, la fourniture du gaz à la Maison centrale de Poissy (2). »

1. V. en ce qui concerne les marchés conclus pendant la guerre : 3 décembre 1920, *Fromassol* (*Revue du Droit public*, 1921, p. 73); en ce qui concerne les marchés conclus après la guerre : 28 juin 1922 *Société des Phares Ducellier*, p. 557.

2. V. dans le même sens : 21 février 1919, *Houdry* (*Lebon*, p. 194).

De cet arrêt, résultent les conséquences suivantes :

1^o Parmi les causes de renchérissement, le Conseil d'Etat n'en retient qu'une seule, la hausse du prix des charbons, qui permette au fournisseur de bénéficier de la théorie de l'imprévision. Pour déterminer si le fournisseur remplit les conditions nécessaires à cet égard, le Conseil d'Etat n'envisage donc pas dans leur ensemble les événements qui ont pu grever son prix de revient. Il se borne à examiner quelles sont les répercussions des circonstances économiques sur le prix du charbon qui est la matière première de la fabrication du gaz. « La hausse du prix du charbon a constitué la cause essentielle des pertes subies par le sieur Houdry », dit l'arrêt du 21 février 1919 : c'est donc cette hausse du charbon seule qui permettra l'application de la théorie de l'imprévision.

2^o La hausse du charbon n'ouvre un recours au fournisseur que lorsqu'elle est exceptionnelle, et elle n'a ce caractère que si elle dépasse manifestement « les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du marché. »

Il ne suffit pas que la hausse n'ait pas été prévue par le fournisseur; l'entrepreneur, qui ne fait pas entrer dans ses calculs un aléa prévisible, commet, en effet, une faute dont il doit supporter les conséquences. Il faut qu'en toute raison il ait été fondé à ne pas faire entrer dans ses calculs l'événement survenu.

La limite entre la hausse normale et la hausse exceptionnelle est nécessairement variable dans chaque espèce, et le Conseil s'abstient même de fixer les bases de détermination de cette limite dans les affaires sur lesquelles il statue. Il se contente, en prescrivant une expertise ou en renvoyant les parties à s'entendre, d'indiquer que cette hausse devra avoir une ampleur suffisante pour que l'économie du contrat s'en trouve bouleversée. Ainsi, l'impossibilité de prévoir l'étendue de la hausse des prix et le bouleversement du contrat se trouvent étroitement liés; la variation des prix constituant, en principe, un aléa normal, il ne peut y avoir d'imprévision sans bouleversement

du contrat : ce bouleversement est le signe tangible de l'imprévision.

4^e Il n'est point besoin d'ajouter que, pour ouvrir un droit à une indemnité, la hausse du charbon doit avoir été absolument indépendante de la volonté des parties. Si elle est due à un fait de l'Etat, le fournisseur bénéficie, en effet, non de la théorie de l'imprévision, mais de la théorie indemnitaire qui a été ci-dessus exposée (1). Si, au contraire, les répercussions de la hausse des charbons sur le prix de revient de la fourniture ont été aggravées par la faute de l'entrepreneur, il supportera les conséquences de sa négligence. C'est pourquoi, dans l'affaire Houdry du 21 février 1919, le Conseil d'Etat, commettant trois experts pour déterminer le montant de l'indemnité due à l'entrepreneur, leur donne, entre autres missions, celle de « rechercher dans « quelles conditions le sieur Houdry a fait ses approvision-
« nements pendant les deux années en cause; s'il a ou non
« commis des négligences dans ses approvisionnements, ou
« si certains retards d'approvisionnements ont pu prove-
« nir du fait des ministères alors compétents en matière d'ap-
« provisionnement de charbon. »

Il est donc indispensable que le trouble survenu dans l'exécution du contrat soit, non seulement un événement imprévisible, mais encore un fait indépendant de la volonté des parties et qu'il ait en conséquence le caractère de force majeure, au sens étendu où l'entend le Conseil d'Etat.

La conception du Conseil d'Etat consistant à faire dépendre l'octroi d'une compensation au fournisseur de la seule hausse des charbons a suscité de vives critiques. Il était peu logique, étant donné la généralité du principe de l'imprévision, de subordonner son application à l'augmentation de prix d'une seule matière première. La hausse du charbon avait d'ailleurs pu paraître, dans les contrats de concession d'éclairage ou de fourniture de gaz, un moyen pratique de déterminer à quel moment l'aléa du marché devenait exceptionnel : le charbon est en effet dans

1. Voir p. 17 et s.

ces marchés l'élément principal du prix de revient, en tout cas un de ceux dont les variations de prix ont le plus d'amplitude et sont en même temps le plus facile à constater; mais, s'il était commode de ne faire état que de la hausse du charbon, ce n'était pas sans inconvénient: il n'existe pas de relation nécessaire et immédiate entre les variations du coût des combustibles et celles du prix de revient. Il est d'ailleurs des marchés où, parmi les éléments du prix de revient, aucun n'est prépondérant. En présence de cette situation, le Conseil d'Etat dut modifier sa jurisprudence et faire état de l'ensemble des augmentations de prix qui avaient affecté l'entreprise. « Il ressort de l'instruction », décide un arrêt du 12 mars 1920 (1), « que par suite de la durée et du caractère de la guerre qui vient de finir, la hausse *dans les prix de la main-d'œuvre et des matières premières* s'est trouvée atteindre une proportion telle que, dans une mesure déjouant tous les calculs, elle dépasse certainement les limites extrêmes des majorations de dépenses qu'avaient pu envisager les parties lors de la passation du contrat; que, d'autre part, les perturbations apportées par la mobilisation générale dans les horaires des trains et les transports postaux ont entraîné la réduction des parcours kilométriques des voitures de la compagnie requérante et diminué, dans une mesure correspondante, les recettes sur lesquelles elle avait pu légitimement compter. » Et l'arrêt conclut « que ces faits sont de nature à bouleverser l'économie du contrat et à justifier, le cas échéant, les réclamations de la compagnie. »

Ce ne sont plus ici de simples données statistiques, ce ne sont plus seulement les variations du cours d'une matière première unique qui serviront à la détermination du prix limite au-dessus duquel on quitte le domaine contractuel pour entrer dans celui de l'imprévision. Le juge administratif fait état maintenant des variations des diverses matières premières, du coût de la main-d'œuvre, des cir-

1. *Cie des Automobiles postales Lebon*, p. 275.

constances qui ont pu influencer sur l'activité du fournisseur. Désormais, c'est en comparant les prix de revient lors de la signature du contrat et ceux de la période de trouble économique, que l'on déterminera si la limite des prévisions des parties se trouve dépassée. Les opérations à accomplir pour la détermination de ce prix de revient seront, il est vrai, délicates et compliquées; mais, si elles sont bien menées, elles donneront, sur la modification de la situation de l'entreprise, des indications plus précises que celles résultant des changements de cours d'une matière première unique.

C'est pourquoi le Conseil resta par la suite fidèle à la jurisprudence inaugurée par l'arrêt du 12 mars 1920 et l'étendit même aux marchés où la matière première essentielle était le charbon. Dans l'arrêt du 24 janvier 1923, Compagnie des Charbons et Briquettes de Blanzky, notamment, où l'objet du marché était la livraison d'agglomérés et de briquettes de charbon, le Conseil d'Etat fonda l'attribution d'une indemnité au fournisseur sur les difficultés exceptionnelles rencontrées par celui-ci « *notamment à* » « *raison de la hausse des charbons anglais, qui seuls pou-* » « *vaient être employés, et de la hausse des frêts.* » De même, dans l'arrêt du 26 mars 1925, le Conseil d'Etat, statuant sur une demande d'augmentation de prix faite par la Compagnie du Bourbonnais, concessionnaire de l'éclairage au gaz d'une prison, juge que « *la hausse exceptionnelle survenue,* » « *par suite de la guerre, dans les prix des charbons et des* » « *autres matières premières... ne permet plus d'appliquer* » « *purement et simplement le contrat comme si l'on se* » « *trouvait en présence d'un aléa normal de l'entreprise.* »

Il n'est manifestement plus question de prendre pour critérium unique les variations du coût du charbon et le Conseil d'Etat se trouve avoir assoupli sur ce point sa jurisprudence.

§ 2. — EFFETS DE L'IMPRÉVISION DANS LES MARCHÉS DE FOURNITURES

Lorsque les prévisions des parties se trouvent dépassées, naît une situation de force majeure (1); et, comme dans la jurisprudence du Conseil d'Etat tout ce qui excède les prévisions qu'ont pu faire raisonnablement les contractants est étranger à la convention, cette situation de force majeure est une situation extracontractuelle. Elle est donc absolument distincte du contrat, et cette séparation complète entraîne les conséquences suivantes :

1^o Dans le domaine des aléas prévisibles, seules les dispositions contractuelles peuvent s'appliquer;

2^o Par contre, la situation extracontractuelle est gouvernée par des règles qui lui sont propres;

3^o En particulier, le règlement de la période extracontractuelle se fonde sur les seules conditions d'exploitation de cette période, et est indépendant des résultats de l'exploitation pendant les périodes normales qui ont précédé ou suivi la période des troubles économiques.

Je vais développer successivement ces trois notions.

1^o Le domaine des aléas prévisibles est entièrement régi par les dispositions du contrat qui s'imposent au juge comme aux parties elles-mêmes : le Conseil d'Etat a le pouvoir de les interpréter; il ne peut les modifier.

Mais, lorsque naît la situation extracontractuelle, le juge administratif, n'étant plus lié par la convention, recouvre sa liberté; il lui appartient d'établir une réglementation spéciale qui tiendra lieu des stipulations que, lors de l'échange des consentements, les parties n'ont pu songer à établir à l'avance. Cette réglementation nouvelle est rigoureusement limitée à la situation extracontractuelle, et le juge ne pourrait aller au delà sans porter atteinte au contrat; elle constitue, selon l'expression de M. Hauriou (2), une « superstructure » ajoutée au contrat,

1. 8 février 1918, *Société d'éclairage de Poissy*, précité

2. Hauriou. Note sous Conseil d'Etat. S. 1920.3.25.

comme les aléas imprévisibles se surajoutent aux aléas normaux. Sous cette superstructure, le contrat continue à vivre et à s'appliquer, et c'est parce qu'il en est ainsi que la réglementation spéciale à la situation extracontractuelle peut remplir son rôle. Si, en effet, les stipulations du marché sont telles que, pour en assurer le fonctionnement dans des circonstances imprévues, il ne suffise pas de régler la situation extracontractuelle, mais qu'il faille refaire le contrat en entier, le Conseil d'Etat ne se reconnaît pas le droit de se substituer à cet égard aux parties, et prononce la résolution du marché.

Dans l'arrêt du 4 décembre 1918, Molin (1), concernant un marché de réparation de chaussures militaires, le Conseil déboute en effet le requérant pour les motifs suivants :

« Considérant que le marché, conclu le 1^{er} janvier 1914
 « entre le requérant et le conseil d'administration du
 « 4^e régiment du génie, spécifiait (article 2) que, pour cou-
 « vrir le maître-bottier des frais mis à sa charge par les
 « dispositions du contrat relatives à l'exécution par abon-
 « nement des travaux de transformation et de réparation
 « de chaussures, il lui serait alloué, par homme et par jour-
 « née donnant droit à la prime d'habillement à la portion
 « centrale, une somme de 35 millimes ; qu'il résulte de cette
 « disposition que, dans la commune intention des parties,
 « le contrat ne pouvait et ne devait recevoir son exécution
 « que si le régime sous l'empire duquel il avait été passé —
 « c'est-à-dire celui de l'abonnement de l'Etat, en ce qui
 « concerne les frais d'habillement des hommes de troupes
 « par le versement à la « masse » d'une somme forfaitaire
 « de 35 millimes par homme et par jour — ne venait
 « pas à être remplacé par un régime différent ; que cette
 « intention des parties doit d'autant plus être envisagée
 « comme certaine que, dans le cas de suppression de la
 « prime d'habillement, l'on ne pouvait trouver dans les
 « dispositions du contrat les éléments de nature à fixer le
 « prix dû par l'Etat au requérant en paiement du travail

1 Lebon, 1918, p. 1074.

« et des fournitures de ce maître ouvrier; que la mobilisation ayant mis fin au régime de la « masse » et de la prime d'habillement, le contrat, dès lors, ne pouvait plus recevoir d'exécution. »

Mais dans la plupart des cas, la survenance des événements imprévisibles ne fait pas disparaître les éléments de détermination du prix et, en s'aidant des clauses du contrat, le juge pourra adapter celui-ci aux circonstances nouvelles.

2^o On ne saurait appliquer à la situation extracontractuelle aucune des dispositions du contrat.

On en a vu un exemple (1) dans l'affaire de la Compagnie Générale des Automobiles Postales, du 20 juillet 1917. La société requérante demandait une indemnité à raison de la réduction des transports postaux par l'Administration à compter du jour de la mobilisation. Elle fondait sa requête sur l'article 3. de son cahier de charges qui, tout en permettant à l'Administration de réduire l'activité de l'entreprise, lui garantissait un minimum de rémunération. Mais le Conseil d'Etat décida que « le texte précité devait être regardé comme ayant pour objet de garantir le concessionnaire contre les répercussions financières de réduction de service volontairement prononcées par l'Administration...; mais qu'il n'a pu entrer dans les communes prévisions des parties de viser, en rédigeant les dispositions dont il s'agit, le cas où le service imposé à la Compagnie et les redevances y afférentes viendraient à être réduits par le jeu de circonstances absolument exceptionnelles et indépendantes de tout fait de l'Administration ».

C'est une solution identique que donne l'arrêt du 12 mars 1920 rendu également dans l'affaire de la Compagnie des Automobiles Postales (2).

La requérante, qui demandait cette fois une indemnité motivée par la hausse exceptionnelle du prix de la main-d'œuvre et des matières premières, fondait sa requête

1. Voir p. 76.

2. Lebon, 1920, p. 275.

« sur l'article 6 du cahier des charges, qui permettait une « révision des prix kilométriques en cas de modification « de l'importance relative de certaines charges de l'entre- « prise. » Mais le Conseil d'Etat de décider que « si l'article 6 « du cahier des charges réserve aux parties la faculté de « demander, dans le premier mois des deuxième, troisième, « quatrième et cinquième périodes biennales, la révision des « prix kilométriques au cas où elles estimeraient que l'im- « portance relative des charges de l'entreprise, autres que « les charges de capital et l'amortissement, s'est modifiée « et que, si le même article organise une procédure à cet « effet, ces dispositions doivent être regardées comme ne « visant que les variations économiques du temps de paix, « à l'exclusion des faits qui, au cours de la guerre, ont « amené la rupture de l'équilibre des contrats; qu'elles « ne sont donc pas applicables en l'espèce. »

Non seulement la situation extracontractuelle doit être régie par des règles qui lui sont propres, mais encore ces règles, ou tout au moins leur application, varient d'un contrat à l'autre. De là résulte que, si étroit que soit le lien existant entre deux contrats administratifs, la solution adoptée pour le règlement de la situation extracontractuelle dans l'un de ces contrats ne doit pas nécessairement être appliquée au second. C'est ce qu'a jugé le Conseil d'Etat par un arrêt du 26 mars 1923 (Compagnie du Bourbonnais) (1).

La Compagnie était concessionnaire de l'éclairage de la ville de Riom; en cette qualité, elle avait passé marché avec le ministre de la Justice pour l'éclairage de la maison centrale de Riom. Les troubles économiques résultant de la guerre l'avaient amenée à demander à la Ville la modification des tarifs de sa concession, à l'Etat une augmentation de prix. La Ville avait accordé à la Compagnie du Bourbonnais un relèvement de tarif; par contre, l'Etat, tout en acceptant l'application du tarif nouveau à compter du 31 décembre 1921, refusait au fournisseur toute indem-

1. Lebon, 1923, p. 317.

nité pour la période antérieure. Sur un pourvoi de la Compagnie du Bourbonnais qui persistait à demander que le gaz lui fût payé, pour cette période, au prix fixé par la ville de Riom, le Conseil d'Etat rendit l'arrêt suivant : « En ce qui concerne la période comprise entre le 28 mai 1918 et le 31 décembre 1921 :

« Considérant que le contrat du 7 juillet 1913, aujourd'hui parvenu à son terme, avait été passé entre l'Etat et la Compagnie du Bourbonnais pour l'éclairage de la maison centrale de Riom, c'est-à-dire en vue d'assurer le fonctionnement du service public pénitentiaire; qu'il n'était point dès lors assimilable aux polices d'abonnement privées, et que son exécution entre l'Etat et la Compagnie requérante devait avoir lieu suivant ses règles propres; que, dans ces conditions, ladite Compagnie n'est pas fondée à soutenir que les relèvements de tarif, prévus aux avenants consentis par la ville de Riom, s'imposaient de plein droit à l'Etat pour le paiement des fournitures de gaz et d'électricité effectuées à la maison centrale. »

Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat applique avec rigueur le principe de la relativité des conventions : ce que la ville de Riom a pu convenir avec la Compagnie concessionnaire de l'éclairage, ne saurait être étendu de plein droit aux rapports contractuels de l'Etat et du concessionnaire. Cette jurisprudence est assurément contraire à celle qui régit les polices d'abonnement des particuliers. Les tribunaux civils, qui rejettent cependant la théorie de l'imprévision, ont en effet constamment admis que, lorsque l'autorité concédante s'était trouvée, en vertu des principes du droit administratif, dans l'obligation d'indemniser le concessionnaire, et avait accordé cette indemnité sous la forme d'un relèvement de tarif, les particuliers étaient tenus, nonobstant leurs conventions avec le concessionnaire, de subir l'augmentation du tarif : les juridictions civiles considèrent en effet que les polices d'abonnement des particuliers sont étroitement liées au contrat de concession qui en est la base, et que toute modification de ce contrat doit entraî-

ner une modification correspondante des polices souscrites par les usagers du service public.

Rien de semblable dans l'arrêt ci-dessus relaté; bien que l'Etat soit, comme les particuliers, le client du concessionnaire, le Conseil d'Etat proclame que la révision du contrat passé pour l'éclairage de la prison de Riom est régie par ses règles propres. Et cependant, ce contrat est soumis aux principes de la théorie de l'imprévision comme le contrat de concession lui-même; les circonstances économiques qui rendent indispensable la révision du marché sont exactement les mêmes dans les deux contrats, puisque tous deux portent sur la même fourniture. Sur les motifs de cette indépendance des deux contrats, le Conseil d'Etat ne s'est pas clairement expliqué. Il la fonde sur ce que le marché passé entre l'Etat et la Compagnie du Bourbonnais avait en vue « d'assurer le service public pénitentiaire » et ne saurait en conséquence être assujetti aux mêmes règles que les conventions des simples particuliers. Il semble, à y bien regarder, que le motif de cette distinction soit celui de la hiérarchie des contrats administratifs : passé par l'Etat et non par une simple municipalité, destiné à l'exécution d'un service public d'importance primordiale, la justice, et non à celle d'un service public secondaire comme l'éclairage d'une ville, le contrat intervenu entre l'Etat et la Compagnie du Bourbonnais intéresse incontestablement à un plus haut degré la puissance publique que le contrat de concession conclu entre cette même société et la ville de Riom. De là, semble-t-il, la décision du Conseil d'Etat de ne pas considérer le ministre de la Justice comme lié par les relèvements de tarifs consentis par la municipalité.

3° La situation extracontractuelle étant absolument distincte du contrat, les événements antérieurs à la naissance de cette situation, ainsi que ceux qui y sont postérieurs, n'entrent pas en compte pour le règlement de cette situation : on ne peut faire état, pour la détermination de la compensation à accorder au fournisseur, ni des bénéfices passés, ni de l'éventualité de bénéfices futurs. Selon

M. le Commissaire du Gouvernement Riboulet (1), « le concessionnaire qui, en temps normal, assume seul, à l'exclusion du concédant, les risques financiers du service public et doit supporter en totalité le déficit, s'il s'en produit, en l'absence de toute circonstance particulière, est fondé, à l'inverse, à conserver à titre définitif les bénéfices qu'il a réalisés dans les mêmes conditions... En revanche, dès que se révèle la situation extracontractuelle résultant des circonstances onéreuses de la guerre, il peut y avoir lieu à indemnité, et le principe de cette indemnité ne peut être demandé qu'aux faits d'exploitation de la période transitoire elle-même. »

Un arrêt du 25 novembre 1921, Compagnie des Automobiles Postales, exprime la même idée dans l'un de ses motifs qui est reproduit ci-après :

« En ce qui concerne le calcul de la charge extracontractuelle. — Considérant d'une part que le préjudice subi par l'exploitant au cours de la période litigieuse, et la charge extracontractuelle qui s'en est suivie, dépendent uniquement des résultats de l'exploitation pendant la dite période; qu'il doivent dès lors être calculés en ne tenant compte que de ces résultats, abstraction faite des bénéfices antérieurs et des perspectives d'avenir (2). »

En d'autres termes, puisque seuls les faits d'exploitation peuvent servir à la fixation de l'indemnité, cette indemnité ne peut être provisoire; son attribution définitive au fournisseur ne peut être subordonnée à l'examen d'ensemble des résultats de l'exploitation pendant toute la durée du contrat; elle constitue donc une indemnité définitive mise à la charge du concédant.

La conception d'une situation extracontractuelle absolument étrangère au marché a été vivement critiquée par M. Hauriou (3).

1. Conclusions de M. Riboulet dans l'affaire de la *C^{ie} de chauffage et d'éclairage par le Gaz contre la ville d'Auxerre*. D. 1919.3.25. Les idées développées par M. Riboulet valent aussi bien pour les marchés de fournitures que pour les contrats de concession.

2. *Revue du Droit public*, 1921, p. 499 et s.

3. Note sous Conseil d'État, 27 juin 1919. *Gaz de Nice*. S 1920. 3.25.

« Nous prétendons, dit-il, qu'en réalité la guerre de 1914
 « a engendré simplement des faits de force majeure qui,
 « d'après la théorie de l'imprévision... constituent des faits
 « extracontractuels qui viennent bouleverser une situation
 « contractuelle, et dont il s'agit d'étudier la répercussion
 « sur cette situation contractuelle. Et nous prétendons
 « qu'il n'y a pas autre chose, que ces faits extracontractuels
 « n'ont point créé une situation extracontractuelle
 « parallèle à la situation contractuelle et devant être
 « réglée en dehors de celle-ci. L'erreur du Conseil d'Etat
 « est d'être passé du fait extracontractuel, qui est l'unique
 « réalité, à la situation extracontractuelle qui est une vue
 « arbitraire de l'esprit, dangereuse comme tout ce qui est
 « artificiel. »

Selon M. Hauriou, la conception du Conseil d'Etat
 pouvait se comprendre lorsqu'il admettait que la situation
 extracontractuelle était créée « par un fait dominant »,
 la hausse du charbon. Mais il a cessé d'en être ainsi du
 jour où le Conseil a reconnu que tous les faits extracontractuels
 pouvaient donner droit à une indemnité.
 « Pourquoi parler désormais, poursuit M. Hauriou, de la
 « situation extracontractuelle au singulier, pourquoi y
 « aurait-il une situation unique, pourquoi pas autant que
 « de faits donnant droit à une indemnité? Une situation
 « extracontractuelle unique, cela se comprenait quand
 « elle pouvait être ouverte par un fait dominant, nécessairement
 « unique, mais les faits dommageables secondaires sont multiples.

« Et si l'on admet autant de situations extracontractuelles
 « que de faits dommageables, alors la conception
 « s'évanouit, car il n'y a plus d'intérêt perceptible à distinguer
 « la situation extracontractuelle du fait extracontractuel.
 « Le système exige absolument que la situation extracontractuelle
 « soit unique; mais cette unité est antinaturelle. » Et une fois que le Conseil d'Etat
 aura abandonné la conception de la situation extracontractuelle,
 ajoute M. Hauriou, « il se trouvera en présence de deux idées très
 simples :

« 1^o Le principe de l'imprévision doit être bilatéral et il doit pouvoir jouer au profit des deux parties; par conséquent, s'il y a des dommages imprévisibles dont le concessionnaire doit être indemnisé, il y a aussi des bénéfices imprévisibles qu'il doit reverser...

« 2^o Le contrat de concession doit être accepté dans sa réalité de contrat de longue durée, et c'est sur toute sa durée qu'il faut faire jouer la compensation entre les pertes extracontractuelles et les bénéfices extracontractuels; le moyen pratique... c'est d'adopter le système du compte d'exploitation, des avances remboursables et de la garantie d'intérêts. »

Il ne semble pas que la conception de la situation extracontractuelle mérite les critiques de M. Hauriou. Si l'on admet l'existence d'aléas extracontractuels, pourquoi les conséquences de ces aléas et le bouleversement qu'ils engendrent ne seraient-ils pas également extracontractuels? Pourquoi n'y aurait-il pas, tant que ces événements font sentir leur action, une situation extracontractuelle? Si la cause du bouleversement des prévisions des parties est étrangère au contrat, leur effet doit y être étranger également.

Quant à l'objection tirée de l'impossibilité de concevoir une situation extracontractuelle unique, du moment que tous les faits imprévisibles peuvent créer cette situation, elle est loin d'être décisive. Quelle que soit la multiplicité des circonstances imprévisibles qui aient bouleversé l'économie du traité, la situation extracontractuelle n'aura jamais, en effet, qu'une seule cause : cette cause unique est l'augmentation du prix de revient qui est la résultante de tous les faits imprévisibles survenus.

Du reste, l'application des conceptions du Conseil d'Etat donne, dans la pratique, des résultats analogues à ceux du système de M. Hauriou. La notion d'une situation extracontractuelle ne met nullement obstacle au reversement par le fournisseur ou le concessionnaire de ses bénéfices imprévisibles. Sans doute, dans le système de la jurisprudence administrative, les pertes imprévisibles subies par le fournisseur lui donnent droit à une indemnité définitive.

Mais rien, dans ce système, ne met obstacle au reversement par le fournisseur des bénéfices imprévisibles qu'il pourra faire par la suite : les événements qui seront la source de ces bénéfices donneront lieu à une nouvelle situation extra-contractuelle, qui se traduira par un reversement définitif au profit de l'administration, et ce reversement pourra se compenser, s'il y a lieu, avec les indemnités encore dues au fournisseur à raison d'événements imprévisibles survenus dans le passé.

SECTION IV

Détermination de l'indemnité à revenir aux fournisseurs

Le calcul de l'indemnité soulève à la fois une question de procédure et une question de fond, qui se trouvent étroitement mêlées dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Puisqu'on est en présence d'une situation qui n'est ni prévue, ni régie par les stipulations contractuelles, il convient d'établir une convention nouvelle, une convention complémentaire qui réglera cette situation. Or, personne n'est à même d'établir cet accord mieux que les signataires du contrat primitif. C'est pourquoi le Conseil d'Etat se borne à déclarer applicable la théorie de l'imprévision et, ce principe posé, renvoie le fournisseur devant l'Administration compétente pour passer, d'accord avec elle, la convention nouvelle qui complètera le contrat primitif. C'est ainsi que, dans l'affaire du Gaz de Poissy, le Conseil d'Etat décide qu'il y a lieu « de renvoyer la Société requérante « devant le Garde des sceaux, ministre de la Justice, à l'effet « de rechercher, d'accord avec lui, les conditions spéciales « dans lesquelles la Société était tenue de continuer ses « fournitures jusqu'au 31 décembre 1917, date de l'expiration de ce contrat, et de déterminer, en tenant compte « de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à « laquelle elle a droit, à raison des circonstances extracon-

« tractuelles dans lesquelles elle a dû assurer lesdites fournitures dans la période envisagée. »

L'arrêt du 26 mars 1923, rendu au profit de la Compagnie du Bourbonnais, est rédigé en des termes analogues (1). Ces deux décisions laissent aux parties le soin d'établir, avec la liberté la plus entière, la convention complémentaire, et ce règlement par les parties elles-mêmes paraît si normal au Conseil d'Etat que, dans les deux arrêts précités, il ne croit pas nécessaire de prévoir l'éventualité d'un désaccord sur les conditions de la dite convention, et de fixer par avance la procédure que, dans cette hypothèse, il conviendra de suivre : on s'explique, dans ces conditions, que le Conseil n'ait pas songé à donner des directives pour le calcul de l'indemnité, et qu'il se soit borné à cette indication très générale que le fournisseur doit seulement subir « la part des circonstances onéreuses de la situation de force majeure que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge (2). »

A défaut d'accord entre les parties, il appartient au juge administratif de fixer l'indemnité. Par exemple, dans l'arrêt Cuaz du 23 juillet 1919 (3), relatif à un marché passé pour l'entretien des effets de couchage des troupes, le Conseil d'Etat, statuant sur une demande d'indemnité de l'entrepreneur, déclare « qu'il résulte des pièces du dossier qu'en allouant au sieur Cuaz une somme de 500 francs, il sera fait une juste évaluation de l'indemnité » à attribuer à l'entrepreneur.

Mais, dans la plupart des cas, les éléments d'appréciation fournis par le dossier de l'affaire ne permettent pas au Conseil d'Etat de prendre une décision immédiate. Force est alors de recourir à une expertise qui est organisée de la manière suivante (4) : « Il sera, avant dire droit, procédé par un expert désigné par les parties, et, à défaut d'en-

1. Lebon, 1923, p. 317.

2. 8 février 1918, *Gaz de Poissy*, précité.

3. Lebon, 1919, p. 656.

4. Arrêt *Houdry* du 21 février 1919. Lebon, p. 194; 12 mars 1920, *C^{ie} des Automobiles Postales*. Lebon, p. 275.

« tente pour la désignation de cet expert, par trois experts, « à une expertise... Si les parties ne s'entendent pas pour « désigner un expert unique, les trois experts seront dési- « gnés, l'un par le sieur Houdry, l'autre par le Garde des « sceaux, le troisième par les deux premiers ou, à défaut « d'accord, par le président de la section du contentieux « du Conseil d'Etat. »

En même temps qu'on désigne les experts, il faut définir leur mission, et c'est là l'opération la plus importante en ce qu'elle touche à la détermination des règles dont l'ensemble constitue la théorie de l'imprévision. Les experts vont avoir à effectuer, pour la fixation de l'indemnité, diverses opérations que le juge administratif ne peut faire lui-même, mais qu'il se réserve de contrôler : leur mission est de mettre en lumière les éléments de décision sur lesquels reposera l'arrêt du Conseil d'Etat. Ils ne peuvent remplir utilement leur rôle que s'ils sont éclairés sur les règles que le Conseil entend appliquer au calcul de l'indemnité. Il est donc nécessaire que les termes dans lesquels est formulée leur mission leur donnent les principes directeurs qui leur permettront de proposer au Conseil une solution aussi proche que possible de celle qu'entend suivre la haute juridiction.

La première expertise ordonnée depuis le début de la guerre, dans une affaire de fournitures, est celle prescrite par l'arrêt Houdry du 21 février 1919 (1). Le Conseil charge les experts « de déterminer, par un examen des dépenses « exposées par le sieur Houdry tant au cours de l'exercice « de 1913-1914 que pendant les deux exercices suivants, « l'influence exercée sur son marché par la hausse des char- « bons. » La mesure dans laquelle le contrat a été bouleversé résulte donc d'une comparaison de bilans, d'un rapprochement à faire entre les exercices d'avant-guerre, qui sont des exercices normaux, et les exercices anormaux. Il semble en outre que l'augmentation du coût des combustibles, et cette augmentation seule, serve à déterminer,

1. Lebon, 1919, p. 194.

non seulement l'instant à partir duquel les prévisions des parties se trouvent dépassées, où l'aléa rencontré devient exceptionnel, mais encore l'étendue du préjudice subi. Cette conception, qui ne fait nullement état des autres éléments d'appréciation du bouleversement du contrat, paraît absolument arbitraire. Aussi le Conseil d'État, dans des arrêts postérieurs, prend-il le soin de préciser les règles qui permettent de calculer l'indemnité, et manifeste-t-il le souci d'élargir ses conceptions à cet égard.

Les premiers de ces arrêts, ceux des 14 avril et 27 juin 1919 (1), sont relatifs à des contrats de concession et n'entrent donc pas dans le cadre de cette étude.

Il n'en est pas de même des arrêts du 12 mars 1920 (2) et du 25 novembre 1921 (3) qui concernent tous deux un fournisseur de l'État, la Compagnie des Automobiles Postales.

L'arrêt du 12 mars 1920 définit ainsi la mission des experts :

« Il sera, avant dire droit, procédé... à une expertise
 « à l'effet de rechercher quel a été, par rapport aux recettes
 « et à l'équilibre financier de l'entreprise, le montant maximum des dépenses qui ont pu entrer dans les prévisions
 « des parties, lors de la passation du contrat; de déterminer, au cas où cette limite aurait été dépassée, si la Compagnie a droit à une indemnité, à raison des conditions
 « extracontractuelles dans lesquelles elle a dû assurer le
 « service, à partir du jour où la dite limite a été dépassée
 « et, dans l'affirmative, d'estimer le montant de la dite
 « indemnité. Pour évaluer cette indemnité, le ou les experts
 « procéderont à une double opération qui consistera :

« 1^o A évaluer le préjudice subi, abstraction faite des
 « bénéfices réalisés par la Compagnie avant la période
 « exceptionnelle de guerre ainsi que des perspectives d'ave-

1. 14 avril 1919, *C^{ie} Française de chauffage et d'éclairage par le Gaz contre Ville d'Auxerre*, et 27 juin 1919, *Société du Gaz et d'électricité de Nice contre Ville de Nice*. D. 1919.3.25.

2. Lebon, 1920, p. 275.

3. *Revue du Droit public*, 1921, p. 499 et s.

« nir que peut comporter l'entreprise en dehors de cette
 « période, et en tenant compte de toutes les circonstances
 « ayant pu influencer pendant la période litigieuse sur les
 « résultats de l'exploitation, notamment : d'une part des
 « réductions de parcours, d'autre part du prix de la main-
 « d'œuvre et des matières premières, et inversement des
 « avantages que le contrat a pu assurer à la Compagnie
 « pendant cette période ;

« 2° A rechercher, en appréciant tous les faits de la
 « cause, la part des conséquences onéreuses de la situation
 « de force majeure, déterminée comme il vient d'être dit,
 « que l'interprétation raisonnable du contrat permet de
 « laisser à la charge de la compagnie. »

En résumé, la détermination de l'indemnité due par le fournisseur comporte trois opérations successives :

- 1° Recherche de la limite des prévisions des parties ;
- 2° Détermination du préjudice subi par le fournisseur ;
- 3° Partage des pertes dont il s'agit entre les parties.

1° *Fixation de l'étendue des prévisions des parties.* —

Dans l'arrêt qui nous occupe, comme on vient de le voir, l'étendue des prévisions légitimes des parties ne s'apprécie plus en fonction de la seule hausse du prix des charbons ; tous les éléments de l'augmentation du prix de revient entrent en compte pour cette détermination.

D'autre part, on n'examine plus la limite des prévisions des parties en soi, mais *dans ses rapports avec l'état des recettes et avec l'équilibre financier de l'entreprise*. A moins d'une faute du fournisseur, d'une légèreté inexcusable dans ses calculs, le Conseil d'Etat tend à ne lui reconnaître le bénéfice de l'imprévision que lorsque l'équilibre financier de l'entreprise se trouve rompu par un fait indépendant de la volonté du fournisseur ; c'est-à-dire lorsque, par suite d'événements imprévisibles, l'entreprise devient déficitaire. L'équilibre du contrat exige que le prix de revient n'excède pas le montant de la rémunération promise au fournisseur : dès que le prix de revient dépasse

cette rémunération, commence la situation extracontractuelle.

Dans certains cas, ce mode de détermination, par le Conseil d'Etat, du domaine de l'imprévision peut n'être pas contraire à l'équité. Considérer comme aléas normaux tous ceux qui ne dépassent pas la limite extrême des prévisions des parties serait, en effet, commettre une injustice; les contractants ont pu prévoir des variations considérables de certains éléments du prix de revient, mais, ayant traité pendant la paix, ils n'ont pu considérer ces variations que comme un phénomène, possible sans doute, mais d'une survenance improbable et de courte durée. Si l'on veut déterminer la limite de leurs prévisions, il faut tenir compte du caractère exceptionnel et tout à fait transitoire que revêtaient, dans leurs calculs initiaux, les augmentations de prix de grande amplitude.

Faut-il en conclure que la règle suivie par le Conseil d'Etat soit toujours l'expression des prévisions des parties? Peut-on assurer que le préjudice que pouvait raisonnablement envisager le fournisseur, lors de la passation de son contrat, n'excédait pas ou n'atteignait pas le quantum de ses bénéfices? On ne saurait l'affirmer. Dans tous les cas où les pertes correspondant aux événements imprévisibles sont inférieures au montant des bénéfices, le Conseil d'Etat, en liant l'imprévision au bouleversement du contrat, refuse d'en tenir compte. Inversement, dans les hypothèses où les pertes dues aux circonstances exceptionnelles dépassent sensiblement le montant des bénéfices, le Conseil paraît avoir été conduit à faire prévaloir la nécessité d'assurer la continuation du contrat sur l'exacte appréciation des prévisions des parties. Les nécessités de fait ont été assez fortes pour l'amener à renoncer ici à la stricte observation d'une des règles fondamentales de la théorie de l'imprévision. A la notion d'imprévision tend à se substituer celle d'équilibre des prestations réciproques.

2^o *Détermination du préjudice subi par le fournisseur.* — Le montant maximum des dépenses qu'ont pu prévoir les

parties étant ainsi fixé, il est facile de déterminer le préjudice subi : seules les dépenses qui entrent dans la situation extracontractuelle constitueront ce préjudice. Les bénéfices et les pertes antérieures ou postérieures à la période extracontractuelle n'entreront pas en compte. Par contre, en devra fixer état, pendant la période litigieuse, de « toutes les circonstances ayant pu influencer sur « les résultats de l'exploitation. » Les expressions dont se sert le Conseil d'Etat sont un peu vagues ; mais il va de soi que ces circonstances ne peuvent être prises en considérations que dans la mesure où leurs conséquences sont extracontractuelles.

3^o *Ventilation du préjudice entre les parties.* — En droit strict, l'indemnité attribuée au fournisseur devrait représenter le montant du préjudice ainsi déterminé. Et pourtant, il n'en est pas ainsi. Lorsque le montant maximum des dépenses prévisibles se trouve dépassé, le fournisseur ne se voit pas nécessairement attribuer une compensation. Le juge administratif donne en effet mission aux experts de « déterminer si le requérant a droit à une indemnité « et, dans l'affirmative, de faire la part des conséquences « onéreuses de la situation de force majeure, déterminée « comme il vient d'être dit, que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à la charge de la « Compagnie. »

Cette ventilation est contraire au principe fondamental de l'imprévision qui ne permet pas de mettre à la charge du fournisseur, obligé par l'Administration à poursuivre l'exécution de son marché, les conséquences préjudiciables de la situation extracontractuelle.

En résumé, le Conseil d'Etat, fixant les règles de calcul de l'indemnité, se trouve avoir apporté une double atteinte aux principes de la théorie de l'imprévision : la première consiste dans la substitution du principe de l'équilibre de l'entreprise à l'appréciation de l'étendue réelle de l'imprévision ; la seconde, dans la ventilation entre les parties du préjudice subi.

L'application de ces règles de détermination de l'in-

demnité a été faite dans l'arrêt du 25 novembre 1921 (1); rendu sur les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Corneille (affaire de la C^{ie} des Automobiles Postales). Cet arrêt est doublement intéressant, car il confirme les règles établies par l'arrêt du 12 mars 1920 pour la détermination du préjudice subi, et complète celles qu'avait sommairement ébauchées cet arrêt pour la ventilation des charges entre les parties.

1^o Détermination du préjudice subi :

En ce qui concerne cette première opération, les experts avaient procédé à une comparaison de bilans.

Pour les exercices d'avant-guerre, ils avaient estimé la recette kilométrique à 1 fr. 18. Quant aux dépenses correspondantes, les experts les évaluaient à 0 fr. 93, qui comprenaient les dépenses d'exploitation proprement dites, soit 0 fr. 80, et, sous le nom de charges financières, l'amortissement du capital social et un intérêt annuel de 5 % sur ledit capital, soit 0 fr. 13. Le bénéfice d'avant-guerre était donc, d'après les experts, de 0 fr. 25 par kilomètre.

Pendant la guerre, les recettes kilométriques restent sensiblement les mêmes qu'en temps de paix, soit 1 fr. 195. Mais les dépenses d'exploitation s'élèvent à 1 fr. 09; l'intérêt et l'amortissement du capital, par suite de la réduction de la distance journalière parcourue par les voitures de la Compagnie, croissent également pour chaque kilomètre parcouru et s'élèvent à 0 fr. 167. En définitive, un bénéfice de 0 fr. 25 se trouve remplacé par une perte de 0 fr. 06 par kilomètre.

De la perte ainsi calculée, il fallait retrancher la part correspondant aux aléas normaux, et cette part est fixée par deux des experts à 10 % des dépenses d'exploitation du temps de paix, par le troisième à 5 % de ces dépenses, soit respectivement à 8 et 4 centimes par kilomètre.

En résumé, les experts estimaient que le préjudice se composait de deux éléments distincts :

1. *Revue du Droit public*, 1921, p. 499 et s.

1^o Un déficit de 0 fr. 06 par kilomètre, soit, pour la période de guerre, 880.508 francs.

2^o Un manque à gagner chiffré par deux experts à 0 fr. 17 par kilomètre, à 0 fr. 21 par le troisième. En ce qui concerne ce manque à gagner, les trois experts étaient d'avis que la Compagnie devait recevoir une indemnité partielle représentant un bénéfice de 10 %, soit 1.573.364 francs environ.

L'indemnité totale calculée par les experts s'élevait donc à 2.454.015 francs.

Les conclusions du rapport d'expertise furent vivement attaquées par M. Corneille. Il estimait qu'on ne pouvait faire entrer en compte, pour le calcul de l'indemnité, le manque à gagner, et que, jusqu'à concurrence de ce manque à gagner, les aléas survenus étaient des aléas normaux.

Voici son argumentation :

La théorie de l'imprévision a pour but « de venir en « aide aux Compagnies concessionnaires, ou titulaires de « marchés échelonnés, pour supporter les charges oné- « reuses d'une situation extracontractuelle.

« Ces expressions : charges onéreuses, que vous avez tenu « à employer, indiquent bien en elles-mêmes, en laissant « pour un instant de côté les idées directrices de votre « théorie, qu'elles sont synonymes de pertes effectives, et « non de gain manqué. Etymologiquement, le sens ainsi « restreint de cette expression ne saurait être douteux.

« Et d'ailleurs, le fait que vous avez admis peu à peu « qu'une part de ces charges pourrait être laissée au con- « cessionnaire parce que, dans ses perspectives d'avenir, « il pourrait trouver une compensation à l'état actuel, « indique bien que l'état actuel à considérer était un état « de déficit, un état de perte proprement dite.

« Enfin, dans les affaires pour lesquelles vous avez « renvoyé jusqu'ici à l'expertise,... il s'agissait de perte « à compenser et non de profit à limiter. »

En faisant état, pour le calcul de l'indemnité, d'une partie du manque à gagner, les experts, au dire de M. Corneille, ont excédé leur mission.

Cette critique du rapport des experts par le Commissaire du Gouvernement paraît en harmonie avec la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat. Suivant cette jurisprudence, le manque à gagner ne peut correspondre qu'à des aléas prévisibles, et ce n'est pas sortir des vraisemblances que d'estimer que l'entrepreneur, en signant son marché, a pu et dû envisager la disparition éventuelle de tout son bénéfice. Du reste, comme on l'a vu plus haut, les termes dans lesquels est conçue la mission des experts dans l'arrêt de 1920 paraissent commander cette solution.

Le raisonnement fait par M. Corneille aurait dû l'amener à refuser au fournisseur l'intérêt de son capital. Or, il n'en est pas ainsi : M. Corneille entend les pertes subies par la société requérante dans un sens particulièrement large; il accepte d'y comprendre, comme l'avaient fait les experts, les intérêts du capital social au taux légal et les chiffres, comme les experts, à 880.000 francs.

Dans la rigueur de la thèse de M. Corneille, cette conception est peu défendable; l'intérêt du capital n'est pas une charge financière de la société; le dividende des actions ne peut nullement être assimilé aux dettes sociales : l'absence de profits suffisants pour permettre de verser aux actionnaires l'intérêt de leurs capitaux n'est qu'un manque à gagner auquel le raisonnement de M. Corneille, ci-dessus reproduit, est susceptible de s'appliquer dans toute sa rigueur. L'incorporation de cette prétendue charge financière dans la perte subie ne peut donc être considérée comme un droit pour le fournisseur, mais comme un tempérament d'équité.

3° *Ventilation entre les parties du préjudice résultant de la situation extracontractuelle.* — Le principe de cette ventilation n'est point chose nouvelle; il figurait déjà dans les arrêts du Gaz de Bordeaux et du Gaz de Poissy. Dès 1916, le Conseil d'Etat a marqué ainsi son hésitation à accepter, dans toutes ses conséquences, la théorie de l'imprévision. Mais l'arrêt du 25 novembre 1921 indique — ce que ne faisaient pas les arrêts précédents — quelle est la raison d'être de la ventilation ordonnée par le Conseil

d'Etat. Il s'agit, en laissant à la charge du fournisseur une partie des charges extracontractuelles, de tenir compte des compensations qu'il pourra trouver dans des bénéfices à venir.

Mais, en admettant une semblable compensation, le Conseil d'Etat bat en brèche le principe qu'il a tant de fois proclamé de la séparation absolue existant entre la situation extracontractuelle envisagée, d'une part, et, d'autre part, le domaine contractuel ou les nouvelles situations extracontractuelles qui peuvent se présenter (1). On perd de vue de plus en plus les principes de l'arrêt de 1916; les règles juridiques que les divers commissaires du Gouvernement s'étaient efforcés de dégager s'effacent devant cette considération qu'il faut avant tout assurer la vie de l'entreprise, mais aussi lui donner seulement ce qui est indispensable pour la continuation de son exploitation.

C'est pourquoi la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure qui est mise à la charge du fournisseur est essentiellement variable. M. Corneille rappelle que, dans un arrêt précédent, le Conseil d'Etat a fixé cette part à un cinquième (2). Mais il ne saurait être question, à son avis, de mettre la même quotité de pertes à la charge de la Compagnie des Automobiles Postales dont le marché était sur le point d'expirer, et à qui les clauses insérées dans des avenants successifs ne permettaient guère d'escompter dans l'avenir des bénéfices exceptionnels; M. Corneille propose en conséquence de l'exonérer des neuf dixièmes des charges extracontractuelles.

Les conclusions du Commissaire du Gouvernement furent purement et simplement adoptées par le Conseil d'Etat dans l'arrêt ci-après :

« Considérant... que les compensations auxquelles l'exploitant peut prétendre, à raison des charges exceptionnelles et imprévues nées de la guerre, ne sauraient s'appliquer qu'aux pertes subies et non au manque à gagner;

1. V. à ce sujet la note de M. Hauriou sous Conseil d'Etat 24 juin 1919. S. 1920. 3. 25.

2. C. d'Etat, 16 janvier 1920, *Gaz. de Cette*. Lebon, p. 40.

« qu'il y a lieu, par suite, pour le calcul des conséquences
 « onéreuses dont se plaint la Compagnie requérante, de
 « n'admettre en compte, en ce qui touche la période liti-
 « gieuse, que les dépenses d'exploitation, déduction faite
 « de la part afférente à la majoration que les parties avaient
 « pu envisager lors de la passation du contrat, et les charges
 « d'intérêt et d'amortissement du capital social; que ce
 « total, rapproché des recettes brutes réalisées pendant
 « la même période, fait apparaître le déficit susceptible de
 « donner lieu, dans l'espèce, aux compensations précitées;

« Considérant qu'il résulte de l'instruction, et notam-
 « ment des résultats de l'expertise, que ce déficit peut
 « être fixé à 880.251 francs;

« En ce qui concerne la répartition de la charge extra-
 « contractuelle. — Considérant que, si la charge extracon-
 « tractuelle doit être calculée, en ne tenant compte, comme
 « il a été dit ci-dessus, que des résultats de l'exploitation
 « au cours de la période litigieuse, il y a lieu, par contre,
 « pour effectuer la répartition de cette charge entre les
 « parties, de rechercher par l'examen de toutes les circons-
 « tances de l'affaire, et notamment des avantages qui
 « peuvent résulter pour la Compagnie tant de son traité
 « primitif que des accords ultérieurs passés avec l'Etat,
 « dans quelle mesure il convient, par une interprétation
 « raisonnable du contrat, de faire supporter par la dite
 « Compagnie une partie des conséquences onéreuses de
 « la situation extracontractuelle dans laquelle elle a
 « été tenue d'assurer, du 2 août 1914 au 30 novembre 1919,
 « la continuation du service public dont l'exploitation lui
 « est confiée;

« Considérant qu'il ressort des divers éléments fournis
 « par l'instruction qu'il sera fait une juste appréciation
 « de la part de la Compagnie requérante dans la charge
 « extracontractuelle arrêtée ci-dessus à 880.251 francs
 « en allouant à la dite Compagnie, pour la période sus-
 « énoncée et pour toute cause de dommages, une indem-
 « nité de 800.000 francs. »

CHAPITRE V

LES MARCHÉS CONCLUS DEPUIS LA DÉCLARATION DE GUERRE

SECTION I

Les marchés passés pendant la guerre et l'imprévision Classification de ces marchés d'après leur durée

La théorie de l'imprévision a été, comme on l'a vu, largement appliquée aux marchés passés avant la guerre et bouleversés par ses conséquences économiques : le Conseil d'Etat l'avait admise sans exception pour les concessions et les marchés de longue durée ; il l'avait étendue, au moins dans certains cas, aux marchés de fournitures ordinaires. Mais, au moment même où naissait et se développait cette jurisprudence, une situation nouvelle se présentait. Des fournisseurs, qui avaient traité cependant depuis l'ouverture des hostilités, avaient rencontré des difficultés qu'ils n'avaient pas prévues : les besoins grandissants des armées, la dépréciation de la monnaie, la rareté de certaines matières premières avaient accru, dans une mesure très sensible, leurs prix de revient ; souvent encore les difficultés économiques de l'heure, l'insuffisance des moyens de transport, la pénurie du charbon et des matières premières indispensables avaient entraîné dans les livraisons des retards considérables qui avaient donné lieu, dans certains cas à la résiliation des marchés par l'Etat, dans tous à l'application de pénalités parfois écrasantes.

Pour obtenir une indemnité ou tout au moins l'exonéra-

tion des retenues prononcées, les fournisseurs invoquaient la théorie de l'imprévision. Devaient-ils en bénéficier? Assurément leur situation était différente de celle des entrepreneurs qui avaient traité avant le début des hostilités. Les conséquences principales de la guerre dans le domaine économique s'étaient assez rapidement manifestées; le champ des prévisions que pouvaient faire les fournisseurs s'était par là même étendu. Et plus l'intervalle de temps qui séparait la déclaration de guerre de la signature du marché s'était accru, mieux, semblait-il à première vue, le fournisseur avait pu mesurer les risques des engagements qu'il assumait.

Mais, dans la réalité des choses, il n'en n'était pas exactement ainsi. Si les principales causes de troubles économiques se manifestèrent assez promptement, le doute subsistait sur la durée et l'ampleur de leurs manifestations. Chacune des phases de la guerre faisait apparaître des besoins nouveaux, plus considérables et plus impérieux. De là, une disproportion croissante entre ces besoins d'une part, et de l'autre, les moyens de production et les ressources financières, disproportion qui fut la source d'une hausse de plus en plus rapide du coût de toutes choses.

Pour remédier au déséquilibre entre le prix stipulé dans le traité et le prix de revient, on inséra fréquemment des formules de variation de prix dans les contrats. Certaines administrations allèrent même jusqu'à réglementer par mesure générale la modification des prix de tous les marchés en cours. C'est ainsi qu'on voit le sous-secrétaire d'Etat de l'Artillerie et des Munitions décider, par lettre du 22 mai 1916, qu'à raison de la hausse du coût des matières premières, le prix du carbure de calcium serait relevé; le 17 mai 1917, le même sous-secrétaire d'Etat admet une révision trimestrielle du prix de ce produit. (1)

De son côté, le ministre de la Marine prit des dispositions qui, s'il ne les avait pas qualifiées de mesures de faveur,

1. Conseil d'Etat, 9 novembre 1921. *Société commerciale des Carburants* (*Revue du Droit public*, 1921, p. 486 et s.)

pourraient être considérées comme une application de la théorie de l'imprévision. Sa circulaire du 17 janvier 1919, relative à la « procédure à suivre à l'égard des fournisseurs « de la Marine qui demandent des majorations de prix basées sur le renchérissement de la main-d'œuvre et des « matières premières », après avoir exposé les conditions dans lesquelles les fournisseurs, signataires de contrats antérieurs à la guerre, pourraient obtenir des augmentations de prix, traite dans les termes suivants, des marchés passés au cours des hostilités :

« Pour les marchés passés postérieurement à la mobilisation, il fut admis, au début, que l'état de guerre ne constituait pas un cas de force majeure et qu'il n'y avait, par suite, pas lieu à révision des prix :

« Avec la prolongation des hostilités et l'élévation progressive des prix tant de la main-d'œuvre que des matières, les mêmes principes qui avaient motivé les décisions exposées ci-avant, conduisirent à appliquer ces décisions aux marchés passés après la mobilisation. « Les fournisseurs se sont, en effet, trouvés en présence de « circonstances assimilables à de véritables cas de force majeure, aussi importantes pour l'exécution de leurs marchés que le passage de l'état de paix à l'état de guerre. »

Cette dernière constatation paraît en harmonie avec les premières applications de la théorie de l'imprévision faites par le Conseil d'Etat après la déclaration de guerre, et plus particulièrement avec les conclusions de M. Chardenet dans l'affaire du Gaz de Bordeaux. « Assurément, disait le Commissaire du Gouvernement (1), lorsqu'on contractait en « 1904 (c'était la date à laquelle la Société d'Eclairage de « Bordeaux avait obtenu sa concession), lorsqu'on contractait en 1904 pour une période de trente années, on pouvait craindre qu'une guerre européenne, dans laquelle la « plupart des grandes puissances seraient engagées, ne vint « à se déclencher, et l'on pouvait penser qu'il en résulterait « des difficultés graves pour l'exécution du contrat. Mais la

1 S. 1916.3.17.

« municipalité de Bordeaux pouvait-elle songer un seul instant à une guerre telle que celle qui se poursuit depuis plus de vingt mois, à une guerre qui commencerait par l'occupation d'un pays dont la neutralité avait été garantie par les traités les plus solennels, à une guerre qu'on poursuivrait, notamment sur mer, de la part de nos ennemis, dans les conditions les plus contraires... aux règles les plus élémentaires du droit des gens? » Et le Conseil d'Etat, se rangeant à la manière de voir du Commissaire du Gouvernement, avait fondé son arrêt sur le caractère exceptionnel, pour la Société d'Eclairage de Bordeaux, de la hausse du charbon causée par les circonstances spéciales de la guerre.

S'il n'est pas nécessaire, pour prétendre à une compensation, de n'avoir pu prévoir la source du trouble apporté à l'exécution du contrat, s'il suffit de n'avoir pu raisonnablement envisager l'ampleur et l'étendue de ce trouble, comment le bénéfice de la théorie de l'imprévision pourrait-il être refusé systématiquement aux fournisseurs qui ont traité pendant la guerre? Ils connaissaient sans doute le caractère de cette guerre et ses principales manifestations économiques; mais sa durée et l'ampleur que pouvaient prendre les modifications de la situation économique devaient nécessairement leur échapper. Il semblait donc légitime, sauf à faire les distinctions nécessaires en ce qui concerne l'étendue de leurs prévisions respectives, de les traiter comme les signataires de marchés antérieurs à la guerre.

Or, le Conseil d'Etat, sans rejeter ici explicitement la théorie de l'imprévision, en apprécie les conditions avec tant de rigueur qu'il aboutit à en restreindre considérablement les applications.

La diversité des situations sur lesquelles a statué le Conseil d'Etat en rend la classification difficile. Toutefois, après examen, on reconnaît la possibilité de grouper ces arrêts d'après l'étendue des prévisions que pouvaient raisonnablement faire les parties. Or, cette étendue dépend essentiellement, si l'on fait abstraction des conditions d'exécution spéciales à chaque marché, de la date à laquelle ont

été passés ces contrats, et de la durée pour laquelle ils ont été conclus.

De ces deux éléments d'appréciation, le plus important pour l'établissement d'une classification est, en ce qui concerne l'imprévision, *la durée*. Le Conseil d'Etat oppose, en effet, dans une certaine mesure tout au moins, les marchés de courte durée et ceux qui comportent, au contraire, une assez longue période d'exécution.

S'agit-il d'un marché à court terme, le Conseil d'Etat, en règle générale, se fonde sur la brièveté du contrat pour dénier au fournisseur le bénéfice de la théorie de l'imprévision. « Vu le bref délai d'exécution, constate M. le commissaire « du Gouvernement Corneille dans ses conclusions sur l'affaire Fromassol (1), brièveté de délai qui permet de mettre « plus en valeur le champ des prévisions possibles lors de la « passation du contrat, de nombreux arrêts relatifs aux « simples marchés de fournitures, aux marchés à livraison « unique ou rapidement échelonnées, ont rejeté des demandes « mandes d'indemnité ou de majoration formées par les « fournisseurs de la guerre même. »

Dans les marchés d'une certaine durée au contraire, il ne peut être question, pour le fournisseur, de mesurer à l'avance toutes les mauvaises chances du marché.

Bien entendu, la distinction de ces deux catégories de marchés est une pure question d'espèce. Mais, si l'on examine la jurisprudence du Conseil d'Etat, on constate que les nombreuses décisions qui refusent, expressément ou implicitement, aux fournisseurs le bénéfice de la théorie de l'imprévision à raison de la courte durée du marché, concernent des traités dont le délai d'exécution est inférieur à un an (2). Cette durée d'un an peut donc pratiquement ser-

1. *Revue du Droit Public*, 1921, p. 73 et s.

2. Ce délai est respectivement de : deux mois (12 juillet 1920, *Haillot, Delcourt et C^{ie}* (Lebon, p. 695).

Trois mois : 9 mars 1921, *Delage et Pottier* (Lebon, p. 259);

Quatre mois : 11 décembre 1918, *da Cunha Matos* (Lebon, p. 1117); 5 novembre 1919, *Dreyfus* (Lebon, p. 781);

Six mois : 1^{er} juin 1921, *Gotié* (Lebon, p. 530); 30 novembre 1921, *Cordonnier* (Lebon, p. 986);

Sept mois : 25 avril 1923, *Philippe* (Lebon, p. 358).

vir, en thèse générale, à distinguer l'une de l'autre les deux catégories de contrats ci-dessus visées.

SECTION II

Les marchés de courte durée conclus pendant la guerre

§ 1. — VARIATIONS DE LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT

Ce n'est pas sans hésitation que le Conseil d'Etat a pris le parti de refuser le bénéfice de la théorie de l'imprévision aux marchés de courte durée conclus pendant la guerre. Sa jurisprudence à cet égard est passée par trois phases successives :

1^o La première est une période de tâtonnements : le Conseil statue en fait, et évite de trancher en droit, la question de l'application ou de la non-application de la théorie de l'imprévision ;

2^o Dans la deuxième phase, le Conseil pose en principe que le fournisseur ne peut prétendre au bénéfice de la théorie de l'imprévision ; mais, en même temps, il déroge à la rigueur de ce principe en homologuant, en quelque sorte, les satisfactions partielles accordées par l'Administration au fournisseur ;

3^o Dans la troisième phase, le Conseil refuse toute indemnité, même à ceux des fournisseurs qui n'ont pu obtenir de l'Administration aucune compensation à leurs mécomptes.

Première phase. — Elle est marquée par un arrêt du 20 mars 1918, dame Villar (1).

La requérante avait passé avec le département de la guerre plusieurs marchés pour la fourniture de toile, velours et vêtements divers à livrer en 1915. Des pénalités pour

1. Lebon, 1918, p. 267.

retards de livraison lui ayant été infligées, elle en réclamait l'exonération, en prétendant notamment que les difficultés qu'elle avait rencontrées dans l'exécution du transport d'Angleterre en France des matières premières nécessaires constituaient des cas de force majeure. Le Conseil d'Etat rendit sur ce chef la décision suivante :

« Sur le moyen tiré de ce que les retards constatés dans
« les livraisons auraient eu pour cause les difficultés qu'à
« raison des réquisitions de navires et de la guerre sous-
« marine, la requérante aurait éprouvées à faire venir
« d'Angleterre les matières premières qui lui étaient indis-
« pensables :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que le minis-
« tre de la Guerre a tenu compte de ces circonstances, dans
« la mesure où il est établi qu'elles ont pu constituer des
« causes de retard excusables, en accordant à la dame Villar
« une double réduction de 1.538 fr. 05 et 965 fr. 05 sur les
« pénalités encourues; que dès lors, et sans qu'il y ait lieu
« de rechercher si les faits invoqués pourraient, *dans les con-*
« *ditions et aux dates auxquelles ont été passés les marchés de*
« *la requérante*, être considérés comme des événements de
« force majeure, au sens de l'article 39 du cahier des clau-
« ses et conditions générales du 16 février 1903, la demande
« de la dame Villar, tendant à obtenir de ce chef une
« exonération plus étendue que celle qui lui a été accordée,
« doit être rejetée. »

En s'abstenant d'examiner si les difficultés rencontrées par la requérante avaient, étant donné la date de la conclusion de ses marchés, le caractère de la force majeure, le Conseil d'Etat évitait sans doute de créer un précédent, mais ce silence trahit son incertitude; il n'avait pas voulu se prononcer pour l'application de la théorie de l'imprévision; il n'avait pas davantage entendu la rejeter. Mais n'était-ce pas la déclarer implicitement applicable que d'examiner la question en fait, et de décider que le ministre, en accordant certaines exonérations de pénalités, avait tenu compte de toutes les causes d'excuse que le fournisseur pouvait légitimement invoquer? Constater, comme le fait le

Conseil d'Etat, qu'il *est établi* qu'un retard est excusable, c'est admettre évidemment la légitimité du retard de livraison et l'absence de toute faute du fournisseur. L'arrêt précité consacre donc implicitement, semble-t-il, une nouvelle application de la théorie de l'imprévision.

Deuxième phase. — Pour la première fois, le Conseil d'Etat déclare nettement que la théorie de l'imprévision ne saurait être étendue aux marchés de courte durée conclus pendant la guerre. Cette jurisprudence nouvelle est inaugurée par l'arrêt da Cunha-Matos du 11 décembre 1918 (1).

Par un marché du 8 décembre 1914, le fournisseur s'était obligé à livrer à l'Administration de la guerre à Bordeaux 2.500.000 mètres de flanelle; l'embarquement devait en être fait à Lisbonne, du 25 décembre 1914 au 31 mars 1915; tout retard devait donner lieu à l'application d'une pénalité de 1 % par jour. En vertu d'un second marché de la même date, l'entrepreneur s'était obligé à fournir, dans les mêmes conditions, 4.000.000 de mètres de toiles kaki imperméables, qui devaient être embarquées du 20 janvier au 5 mars 1915.

L'absence de navires ayant rendu impossible, selon le fournisseur, l'observation des délais fixés, il s'était efforcé de diminuer l'importance des retards en faisant une grande partie des transports par voie ferrée. Il n'en avait pas moins été frappé de lourdes pénalités, que le ministre avait réduites par la suite, il est vrai, mais dont le traitant demandait l'exonération totale. Voici les termes de l'arrêt :

« ... Sur les demandes du requérant tendant à l'exonération des pénalités maintenues à sa charge par le ministre :

« Considérant que le sieur da Cunha-Matos se fonde, pour demander cette exonération, sur ce que les difficultés du trafic maritime auraient constitué des cas de force majeure ayant fait obstacle à l'exécution de ses contrats ;

« Considérant que, par les marchés sus-visés du 8 décembre 1914, le requérant s'est engagé à livrer, sous peine

1. Lebon, 1918, p. 1117.

« d'une retenue de 1 % par jour de retard du montant des
 « fournitures non livrées à temps, une certaine quantité de
 « flanelle et de toile kaki imperméable qui devait être em-
 « barquée à Lisbonne ou à Porto entre le 25 décembre 1914
 « et le 30 mars 1915; qu'à l'époque où il a traité, c'est-à-
 « dire quatre mois après le début des hostilités, ce fournis-
 « seur *devait faire entrer dans ses prévisions les difficultés*
 « *qui pourraient résulter pour les transports maritimes de*
 « *l'état de guerre*, et qui l'ont conduit à expédier une quan-
 « tité importante de ses marchandises par voie ferrée; que
 « les difficultés rencontrées par le sieur da Cunha pour l'exé-
 « cution de ses marchés n'ont pas constitué des cas de force
 « majeure, et n'étaient pas dès lors de nature à lui donner
 « droit à l'exonération des pénalités de retard stipulées dans
 « ses contrats. »

Mais l'arrêt ajoute :

« Considérant au surplus que le ministre de la Guerre a
 « tenu, compte de toutes les circonstances invoquées par le re-
 « quérant, dans la mesure où il lui a paru établi qu'elles ont
 « pu constituer des causes de retard excusables; qu'il a, en con-
 « séquence, par décision, du 30 novembre 1918, ramené res-
 « pectivement à 300.000 francs et à 110.000 francs les pé-
 « nalités dont la stricte application du contrat rendait pas-
 « sible le fournisseur, et dont le décompte s'élevait à
 « 332.193 fr. 74 pour le marché de flanelle et à 2.309.684 fr.
 « pour le marché de toile imperméable ».

Tout en déclarant mal fondée la requête du fournisseur, le Conseil d'Etat croyait devoir invoquer subsidiairement, à l'appui de sa décision, le traitement équitable que ce fournisseur avait reçu de l'Administration et la réduction considérable des retenues qui lui avaient été primitivement infligées. Mais il faut remarquer que, dans l'affaire da Cunha-Matos, le Conseil d'Etat ne se fait pas juge du caractère excusable des retards, comme il avait paru le faire dans l'arrêt Villar : il ne déclare plus qu'il a été tenu compte des circonstances invoquées dans la mesure où *il est établi* à ses yeux qu'elles ont pu légitimer les retards; il se borne à constater que le ministre a tenu compte des faits allégués

dans toute la mesure où il lui a paru constant qu'ils constituaient une excuse, et il a soin de marquer que l'exonération partielle accordée est une mesure de faveur que ne comportait pas « la stricte application du contrat. »

La conception qu'en l'absence de tout cas de force majeure pris dans le sens étroit où l'entend le droit civil, la réduction des pénalités par le ministre est simplement un acte gracieux; apparaît non moins nettement dans un arrêt Lévy du 5 février 1919 (1). Dans cette décision, en effet, le Conseil d'Etat, après avoir dénié au requérant tout droit à une exonération de pénalités, ajoute ce qui suit :

« Considérant d'ailleurs qu'en infligeant au sieur Lévy
« une pénalité notablement inférieure à celle qui eut résulté de
« la stricte application du cahier des charges, le ministre a,
« par mesure bienveillante, tenu largement compte des obstacles rencontrés par l'entrepreneur dans l'exécution de
« son marché. »

Troisième phase. — Dans la jurisprudence qui vient d'être analysée, le Conseil d'Etat ne s'était par borné à fonder ses décisions sur le seul défaut d'imprévision chez le fournisseur; il avait tenu à marquer, en outre, que les mesures bienveillantes prises par l'Administration en faveur du traitant ôtaient tout intérêt à son recours; il opposait, en somme, au fournisseur un des principes fondamentaux du droit : pas d'intérêt, pas d'action. Mais cette constatation, dans les arrêts précités, n'était que subsidiaire. Aussi, lorsque des espèces se présentèrent, où l'entrepreneur n'avait obtenu de l'Administration ni indemnité ni exonération de pénalités, le Conseil d'Etat fut-il amené à baser uniquement ses arrêts sur l'absence d'imprévision.

Le premier exemple en est l'arrêt Croizat-Mermet du 26 février 1919, qui est ainsi conçu :

« Considérant qu'en vertu du marché du 30 octobre 1914,
« le sieur Croizat-Mermet s'était engagé à livrer ses marchandises, dans certains délais expressément spécifiés, au
« magasin général d'habillement à Vanves...; mais qu'étant

1. Lebon, 1919, p. 119.

« donné la date à laquelle le marché a été conclu et la période
 « fixée pour son exécution, les difficultés de transport invo-
 « quées par le requérant doivent être regardées comme ren-
 « trant parmi celles qui avaient pu être envisagées et pré-
 « vues par lui lors de la signature du contrat, et qu'elles ne
 « constituent pas, dès lors, un cas de force majeure... (1). »

Sans doute, après cet arrêt, le Conseil ne manque pas de faire état, le cas échéant, des mesures gracieuses prises par l'Administration en faveur des fournisseurs (2). Mais, à côté de ces décisions, on en voit d'autres dont les motifs sont à peu près identiques à ceux de l'arrêt Croizat-Mermet, et dans lesquelles la constatation d'une mesure d'équité prise par l'Administration ne vient nullement tempérer la rigueur de la solution (3).

Dans cette troisième phase, qui englobe presque tous les arrêts rendus sur les marchés à court terme, le Conseil d'Etat consacre, à quelques rares exceptions près qui seront examinées plus loin, l'échec des tentatives des fournisseurs pour obtenir pour ces marchés le bénéfice de la théorie de l'imprévision. Mais ces arrêts n'ont pas tous le même caractère : certains présentent le rejet de la requête du fournisseur comme une décision d'espèce; les autres (4) semblent en faire l'application d'une règle générale commune à tous les marchés de courte durée, aux termes de laquelle la brièveté de ces contrats exclurait pour le fournisseur toute possibilité d'imprévision.

Parmi les décisions de la première catégorie figure l'arrêt Fromassol du 3 décembre 1920 (5), relatif à un traité de

1. Lebon, 1919, p. 199.

2. 31 décembre 1919, *Léonard* (Lebon, p. 968) ; 12 mars 1919, *Société l'Epargne Française* (Lebon, p. 246) ; 27 février 1920, *Chalas* (Lebon, p. 370) ; 26 juin 1921, *Gedeau Cheydeau* (Lebon, 1921, p. 610) ; 4 janvier 1922, *Duros* (Lebon, p. 8) ; 21 février 1923, *Barthélemy* (Lebon, p. 170).

3. 5 mai 1920, *Grados* (Lebon, p. 503) ; 29 décembre 1920, *Paris* (Lebon, p. 1158) ; 20 juillet 1921, *Poulet* (Lebon, p. 721) ; 13 juillet 1922, *Henry* (Lebon, p. 618).

4. V. ci-dessus, p. 128.

5. *Revue du Droit public*, 1921, p. 73.

fourniture de munitions, qui comporte le motif suivant :

« Considérant que le marché pour la fourniture de
« 38.000 obus de 155 a été passé entre le sieur Fromassol
« et l'Etat le 7 juillet 1917; qu'en égard à l'époque à
« laquelle le dit marché a été passé et au bref délai d'exé-
« cution qu'il prévoyait, les requérants ne sauraient sou-
« tenir que la hausse des fontes et du coke métallurgique
« a, dans les proportions où elle s'est produite au cours du
« marché, dépassé les limites extrêmes des majorations qui
« avaient pu être envisagées par eux lors de la passation du
« dit marché; que, dès lors, ils ne sont pas fondés à deman-
« der pour ce motif un relèvement du prix de leur mar-
« ché (1). »

Il résulte *a contrario* des termes de cet arrêt qu'il peut se présenter des circonstances où la théorie de l'imprévision soit applicable, même à des traités à court terme.

Mais les décisions de cette espèce sont relativement rares. La généralité des arrêts, pour écarter la théorie de l'imprévision, se fonde uniquement sur la date et la brièveté du marché; aux termes de ces arrêts, la courte durée du marché exclut l'imprévision en toute hypothèse. « Considérant, lit-
« on dans l'arrêt Chalas du 27 mars 1920, qu'à l'époque où il
« a traité, le sieur Chalas devait faire entrer dans ses prévi-
« sions les difficultés qui pouvaient, tant pour la fabrication
« que pour le transport des marchandises, résulter de l'état
« de guerre; qu'ainsi ces difficultés, étant donné la durée
« d'exécution du marché, ne constituent pas des cas de force
« majeure qui puissent être invoqués dans les rapports
« des requérants avec l'Etat... (2) ».

Par la généralité de ses termes, cet arrêt, en décidant que le fournisseur devait, à raison de la brève durée du marché, faire entrer dans ses calculs toutes les difficultés qui pouvaient résulter de l'état de guerre, exclut nécessairement

1. V. dans le même sens, 12 décembre 1923, *Besson*. (Lebon, p. 830).

2. V. dans le même sens, 26 février 1919, *Croizat Mermet* (Lebon, p. 199) ; 27 mars 1920, *Chalas* (Lebon, p. 370).

toute application de la théorie de l'imprévision aux contrats à court terme.

§ 2. — MOTIFS D'EXONÉRATION INVOQUÉS PAR LES FOURNISSEURS DANS LES MARCHÉS DE COURTE DURÉE. —
RAISONS DE LEUR REJET PAR LE CONSEIL D'ETAT.

Les fournisseurs font valoir, à l'appui de leurs requêtes, des raisons qui varient suivant l'époque de la conclusion du marché, la nature de la fourniture et ses conditions d'exécution. Mais, si divers que soient les motifs allégués, ils se ramènent à deux sortes : les événements fortuits et le fait de l'Etat.

A. — *Evénements fortuits*

Ces événements, dont, en règle générale, le Conseil d'Etat refuse de tenir compte, peuvent avoir une double source :

1^o Les uns résultent du fonctionnement même de l'entreprise ; ils ont, quant au fonctionnement de cette entreprise, une origine interne ; tels sont, par exemple, les rebuts de pièces ;

2^o Les autres sont des faits extérieurs à l'entreprise, par exemple l'augmentation du coût du charbon ou l'encombrement des voies ferrées.

a) **EVÉNEMENTS FORTUITS RÉSULTANT DU FONCTIONNEMENT MÊME DE L'ENTREPRISE.** — Les événements de cette nature, d'après une jurisprudence constante et qui remonte à une époque antérieure à la guerre, sont toujours à la charge du fournisseur, à moins qu'ils ne constituent un cas de force majeure ; et, par force majeure, le Conseil d'Etat n'entend pas seulement ici, comme dans les arrêts appliquant la théorie de l'imprévision, tout événement fortuit rendant le marché plus onéreux ; il donne au mot force majeure la même signification que la jurisprudence civile, celui d'obstacle invincible.

Dès avant la guerre, la jurisprudence du Conseil d'Etat

était fixée en ce sens et, notamment dans des espèces où il avait à décider si des grèves constituaient ou non un motif légitime d'exonération de pénalités, il avait déclaré que ces grèves n'étaient un cas de force majeure qu'à la triple condition qu'elles n'aient pas eu pour cause une faute du fournisseur, que celui-ci n'ait pu, étant donné les circonstances où elles se sont produites, ni les prévenir ni les arrêter, et qu'enfin elles aient été une cause de retard inévitable dans la livraison des fournitures (1).

Cette même jurisprudence a été appliquée aux marchés conclus pendant la guerre. En voici deux exemples :

Arrêt du 5 novembre 1919, Dreyfus (2). — « Considérant « en ce qui concerne le marché passé le 19 novembre 1914 « que si, dans les usines où étaient fabriqués les tissus à « livrer, le travail a été arrêté par une grève, et si deux autres usines ont été inondées, les requérants ne justifient « pas que ces événements ont constitué pour eux un obstacle « insurmontable à l'exécution de leurs obligations; que dès « lors... les requérants ne sont pas fondés à demander l'annulation des décisions attaquées. »

Arrêt du 31 décembre 1919, Leonard (3). — « Sur le moyen « tiré de la force majeure : Considérant que les grèves survenues en Espagne dans les ateliers du sieur Léonard, dans « les conditions où ces grèves se sont produites, n'ont pas « présenté, à l'égard du requérant, le caractère de force majeure dont le titulaire du marché puisse se prévaloir pour « échapper aux conséquences résultant pour lui des retards « de livraison. »

Des arrêts analogues ont été rendus en ce qui concerne des grèves encore (4), un incendie (5), des accidents de machine (6).

1. 3 juillet 1912, *Société Métallurgique de l'Ariège* (Lebon, p. 771); 1^{er} août 1914, *C^{ie} des Messageries maritimes* (Lebon, p. 997) .

2. Lebon, 1919, p. 781.

3. Lebon, 1919, p. 968.

4. 21 février 1923, *Barthélemy* (Lebon, p. 170).

5. Même arrêt.

6. 4 février 1920, *Bory* (Lebon, p. 119) ; 6 juillet 1919, *Jacquemard* (Lebon, p. 664).

Quelle est la raison d'être de cette jurisprudence? C'est que le fournisseur doit connaître à merveille les conditions de fonctionnement de son entreprise, qu'il est inexcusable de n'avoir pas tenu compte, en s'obligeant, des difficultés que peut présenter l'exécution de ses matériels ou produits, des accidents de fabrication éventuels, de l'état d'esprit et de la capacité de son personnel : la survenance d'obstacles du genre de ceux sur lesquels a statué le Conseil d'Etat constitue pour le fabricant un risque permanent, indépendant, dans une certaine mesure, des circonstances extérieures, un risque inhérent à l'existence même de l'entreprise et qui, par conséquent, peut être prévu. L'arrêt Bory, du 4 février 1920 (1) le marque clairement dans les termes suivants :

« Considérant qu'en admettant, comme le fait le sieur Bory, sans d'ailleurs apporter aucun commencement de preuve à l'appui de ses allégations, qu'un accident de machine se soit produit dans les ateliers du fabricant, ce fait ne saurait être regardé comme un cas de force majeure, mais seulement comme *un risque normal* dont les conséquences sont à la charge du fournisseur. »

Puisque, par leur nature, les difficultés inhérentes au fonctionnement de l'entreprise rentrent dans les aléas normaux du marché, il ne saurait naturellement être question d'examiner à leur sujet si elles pouvaient être prévues lors de la signature du contrat. Aussi le Conseil d'Etat a-t-il toujours soin, dans la rédaction de ses arrêts, d'établir une distinction très nette entre les difficultés en question et les obstacles d'origine externe. L'arrêt Barthélemy, du 21 février 1923 (2), en fournit un exemple frappant :

« Considérant d'une part que ni l'incendie ni les grèves survenues en Espagne dans les ateliers des fournisseurs du sieur Barthélemy ne peuvent être regardés comme constituant, à l'égard du requérant, des cas de force majeure dont il puisse se prévaloir pour échapper aux conséquences résultant pour lui des retards de livraison;

1. Lebon, 1920, p. 119.

2. Lebon, 1923, p. 170.

« Considérant, d'autre part, qu'à l'époque où il a traité, le
 « sieur Barthélemy devait faire entrer dans ses prévisions
 « les difficultés qui pouvaient résulter de l'état de guerre
 « pour le transport des marchandises; qu'il n'est dès lors
 « pas fondé à invoquer ces difficultés pour demander dé-
 « charge des pénalités qui lui ont été infligées. »

Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat oppose de la manière la plus nette les obstacles d'ordre interne, — qui sont prévisibles de leur nature et ne peuvent donc être valablement invoqués à la décharge du fournisseur que s'ils constituent une force majeure, — et les difficultés de source étrangère à l'entreprise qui sont, pour le fournisseur, une cause légitime d'excuse, à la simple condition d'être imprévisibles. Cette distinction paraît si importante au Conseil d'Etat qu'on la retrouve dans toutes les espèces où le fournisseur invoquait les deux catégories de difficultés précitées (1).

b) OBSTACLES DE SOURCE EXTÉRIEURE A L'ENTREPRISE.

— En règle générale, le Conseil d'Etat, statuant sur les marchés à court terme, a rejeté les requêtes fondées sur des difficultés de cette nature en alléguant soit la possibilité qu'aurait eu l'entrepreneur de triompher de l'obstacle, soit son imprévoyance.

1. Obstacles qu'il était possible de surmonter. Faute du fournisseur. — Le fournisseur ne peut prétendre, en cette hypothèse, à aucune indemnité ni sursis de livraison. Il en est ainsi notamment lorsque l'entrepreneur « n'a pas pris, lors
 « de la conclusion du contrat, les dispositions nécessaires
 « pour en assurer l'exécution dans les délais particulière-
 « ment brefs à ce impartis (2) » : il ne saurait se prévaloir des difficultés nées de l'état de guerre et que sa faute a considérablement aggravées.

De même, le fournisseur d'armes de guerre qui, chargé de la fourniture de pistolets, a le choix entre six marques différentes, ne peut valablement invoquer les difficultés

1. V. 5 novembre 1919, *Dreyfus* (Lebon, p. 781) ; 31 décembre 1919, *Léonard* (Lebon, p. 968) ; 6 juillet 1921, *Jacquemard* (Lebon p. 664).

2. 22 juin 1921, *Gédeau Cheydeau* (Lebon, p. 610).

résultant, pour l'exécution de son marché, de contrats passés par l'Etat avec des tiers pour la livraison, à un prix plus élevé, de pistolets de l'une de ces marques : à raison de la liberté de choix laissée au fournisseur, les acquisitions ultérieures ne portant que sur une seule marque n'ont pu « mettre obstacle à l'exécution des obligations de celui-ci (1). »

Ces décisions ne sont que l'application du droit commun.

2. *Obstacles insurmontables, mais prévisibles. Imprévoyance du fournisseur.*— Il va de soi que l'entrepreneur est inexcusable de n'avoir pas fait entrer dans ses calculs les difficultés invoquées, lorsqu'il a pu les prévoir lors de la conclusion de son contrat. Aussi voit-on le Conseil d'Etat rejeter la requête d'un fournisseur d'armes qui arguait d'entraves à l'exportation d'armes hors d'Espagne, parce que les formalités « nécessaires de tout temps » pour cette exportation « ont dû entrer à l'époque de la passation du « marché dans les prévisions du requérant » (2).

Quant aux difficultés qui n'existaient pas encore au moment de la signature du marché, ou qui n'avaient pas alors le même degré d'acuité, on a déjà vu que le Conseil d'Etat refusait, d'une manière générale, d'en tenir compte au fournisseur (3) : il estime en effet que ces difficultés sont la conséquence, que l'entrepreneur pouvait prévoir, d'un état de choses dont il avait connaissance.

Classées d'après leur source, les difficultés d'exécution étrangères au fonctionnement de l'entreprise peuvent se répartir ainsi :

1^o Difficultés d'approvisionnement des matières premières (4), et plus particulièrement pénurie des combustibles (5)

1. 9 février 1921, *Azanza* (Lebon, p. 153).

2. 29 février 1921, *Azanza*, précité.

3. V. p. 128 et 135.

4. 6 juillet 1921, *Jacquemard* (Lebon, p. 664) ; 3 août 1921, *Francfort* (Lebon, p. 807) ; 11 janvier 1922, *Société des Anciens Etablissements Sautter-Harlé* (Lebon, p. 24) ; 13 juillet 1922, *Henry* (Lebon, p. 618).

5. 6 juillet 1921, *Jacquemard*, précité ; 13 décembre 1922. *Bilaudot* (Lebon, p. 929).

2° Pénurie de main-d'œuvre (1) et, d'une manière générale, difficultés de fabrication nées de la guerre (2);

3° Hausse des salaires et du coût des matières premières (3);

4° Difficultés de transport par terre (qui ont donné lieu à de nombreux arrêts) (4);

5° Difficultés de transport par mer (5).

Le Conseil d'Etat ne fait aucune distinction entre leurs diverses sources : il applique la même règle, non seulement aux lenteurs résultant de l'absence de frêt (6) et de l'encombrement des ports (7), mais encore aux obstacles de toute nature qui sont les suites de la guerre sous-marine, c'est-à-dire d'une violation du droit des gens (8).

Si les troubles résultant d'actes de telle nature ne peuvent servir d'excuse aux fournisseurs, à plus forte raison doit-il en être de même quand la difficulté rencontrée résulte d'un acte légitimement accompli par un tiers. Aussi, le Conseil d'Etat rejette-t-il, en particulier, toute

1. 22 juin 1922, *Société le Grand Dépôt de Meubles* (Lebon, p. 608); 6 juillet 1921, *Jacquemard*.

2. 5 février 1919, *Lévy* (Lebon, p. 119); 12 mars 1919, *Société l'Epargne Française* (Lebon, p. 246); 27 mars 1920, *Chalas* (Lebon, p. 370); 11 janvier 1922, *Société des Anciens Etablissements Sautter Harlé*, précité.

3. 3 décembre 1920, *Fromassol* (*Revue du Droit public*, 1921, p. 73 et s.).

4. 5 février 1919, *Lévy*; 12 mars 1919, *Société l'Epargne Française*; 5 novembre 1919, *Dreyfus* (Lebon, p. 781); 12 juillet 1920, *Haillot Delcourt et C^{ie}* (Lebon, p. 695); 30 novembre 1920, *Worms* (Lebon, p. 902); 29 décembre 1920, *Paris* (Lebon, p. 1158); 11 janvier 1922, *Société des Anciens Etablissements Sautter-Harlé*, précité; 1^{er} février 1922, *Delage et Pottier* (Lebon, p. 89); 3 janvier 1923, *Danrée* (Lebon, p. 5); 21 février 1923, *Barthélemy* (Lebon, p. 170).

5. 30 novembre 1921, *Cordonnier* (Lebon, p. 986); 11 février 1922, *Société des Anciens Etablissements Sautter-Harlé*.

6. 11 décembre 1918, *da Cunha Matos* (Lebon, p. 1117); 9 mars 1921, *Verdier* (Lebon, p. 261); 4 janvier 1922, *Duros* (Lebon, p. 8); 3 août 1922, *Olivier* (Lebon, p. 702).

7. 5 novembre 1919, *Dreyfus*, précité; 12 juillet 1920, *Haillot, Delcourt et C^{ie}*, précité; 27 mars 1920, *Chalas* précité; 4 janvier 1922, *Duros*, précité.

8. 21 janvier 1920, *C^{ie} des Salines d'Autofagosta* (Lebon, p. 54); 10 novembre 1920, *Société d'Electro-Métallurgie de Dives* (Lebon, p. 936).

requête fondée sur les interdictions d'exportation édictées par les pays étrangers (1).

Le caractère prévisible reconnu par le Conseil d'Etat aux difficultés survenues dans l'exécution des marchés à court terme entraîne les conséquences suivantes :

1^o Puisque ces difficultés sont des aléas normaux qui incombent, de droit commun, au fournisseur, les clauses contractuelles mettant à la charge de l'Etat certains de ces aléas doivent être interprétées *stricto sensu*.

En conséquence, lorsqu'un contrat prévoit « la possibilité « pour l'entrepreneur d'obtenir une révision de prix, dans le « cas où il aurait été amené à consentir des augmentations de salaires », mais subordonne la révision à l'approbation de l'augmentation des salaires par l'Administration, le défaut d'approbation rend non recevable la demande de supplément de prix formée par le fournisseur (2).

2^o Si les difficultés dont il s'agit sont des aléas ordinaires, le fournisseur ne peut, en l'absence de toute disposition contractuelle, être exonéré des conséquences de ces difficultés. Il n'en est autrement que lorsqu'il justifie d'une impossibilité absolue d'exécuter ses obligations dans les conditions prévues par son marché. Cette solution résulte implicitement de l'arrêt du 26 juin 1921, Société le Grand Dépôt de Meubles (3), qui est ainsi conçu :

« Sur le moyen tiré de ce que le retard apporté à l'exécution du marché serait dû à des cas de force majeure :

« Considérant qu'à l'époque où elle a traité, la société « requérante devait faire entrer dans ses prévisions les difficultés qui pouvaient résulter de l'état de guerre, tant à « raison de la pénurie de la main-d'œuvre que du trouble « apporté aux transports maritimes et de la lenteur des déchargements; qu'ainsi, ces difficultés ne constituent pas « un cas de force majeure qui puisse être invoqué dans les « rapports de ladite société avec l'Etat;

« Considérant, en outre, qu'il résulte de l'instruction que

1. 27 mars 1920, *Chalas*; 4 janvier 1922. *Duros*.

2. 25 avril 1923, *Vernisse* (Lebon, p. 358).

3. Lebon, 1921, p. 608.

« le ministre de la Guerre a suffisamment tenu compte des
« difficultés causées à la Société requérante par la perte du
« navire Astarté, dont la cargaison comprenait des matières
« nécessaires à la fabrication entreprise par elle, en lui ac-
« cordant un sursis d'un mois... »

L'arrêt déboute en conséquence le fournisseur. Mais, en confirmant dans son deuxième motif la décision ministérielle, il oppose implicitement, dans les marchés de courte durée, la force majeure qui donne droit à un sursis de livraison, et les événements imprévisibles qui ne justifient aucune exonération.

B. — *Fait de l'Etat*

Les faits de l'Etat préjudiciables au fournisseur peuvent consister :

Soit en une faute;

Soit, au contraire, en un acte, dommageable sans doute, mais ne lésant aucun des droits du fournisseur;

Soit en un acte d'autorité n'impliquant aucune faute, mais portant atteinte aux droits que le fournisseur tient de son marché, et donnant lieu, en conséquence, à une indemnité au profit de l'entrepreneur.

Il convient d'examiner, dans la mesure où elles intéressent la présente étude, les trois catégories de faits dont il s'agit.

a) FAUTE DE L'ADMINISTRATION. — La responsabilité de l'Etat est alors gouvernée par le droit commun. Exception faite, bien entendu, du cas où la faute de l'Etat n'a causé aucun préjudice au fournisseur (1), elle crée à l'Etat une obligation de réparation envers le particulier lésé (2).

Je n'insisterai pas davantage sur la faute et ses conséquences juridiques qui n'appartiennent point à l'objet de la présente étude.

b) FAITS PRÉJUDICIAIBLES AU FOURNISSEUR, MAIS NE LÉSANT PAS SES DROITS. — Tout fait préjudiciable à autrui

1. 4 février 1920, *Bory* (Lebon, p. 119).

2. 12 juillet 1920, *Haillot, Delcourt et C^{ie}*, précité; 27 juillet 1921, *Lapicque et C^{ie}* (Lebon, p. 76).

ne fait pas nécessairement naître un droit à une indemnité au profit de la personne lésée. Il ne peut être dû de réparation que si le fait dommageable constitue une atteinte au droit d'autrui (1). Le Conseil d'Etat a eu, à plusieurs reprises, l'occasion d'appliquer ce principe.

Dans l'arrêt du 11 décembre 1918, da Cunha-Matos (2), il rejette un moyen tiré de ce que l'Administration a privé le requérant du concours d'un sous-traitant, pour la raison que rien, dans les stipulations du marché, n'implique que l'exécution en soit subordonnée au concours d'un tiers, et que l'Administration ne s'est pas interdit de traiter avec les tiers.

Le même motif est invoqué dans l'arrêt du 9 février 1921, Azanza, (3) déjà analysé plus haut (4), où le Conseil d'Etat, statuant sur le moyen tiré de l'achat par le Département de la Guerre, à un prix plus élevé, de pistolets de marque « Destroyer » à un autre fournisseur, déboute le requérant, motif pris de ce qu'aucune clause du marché passé entre le sieur Azanza et l'Etat « n'empêchait ce dernier de traiter « avec d'autres fournisseurs pour la livraison de certaines « marques. »

Un acte préjudiciable au fournisseur ne peut donc engager la responsabilité de l'Administration, s'il ne lèse pas les droits du traitant. Mais il se peut que cet acte entraîne une aggravation des circonstances économiques. Dans ce cas, comme dans celui où les difficultés survenues sont indépendantes de la volonté des parties, la théorie de l'imprévision doit s'appliquer dans toute la mesure où l'aggravation des circonstances économiques, et ses répercussions sur l'exécution du marché, ont raisonnablement pu échapper aux prévisions de l'entrepreneur. Or, comme on l'a vu plus haut, en règle générale, le Conseil d'Etat d'admet pas, dans les marchés de courte durée, l'existence de faits qui auraient échappé aux calculs du fournisseur. Il applique la même

1. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, 3^e éd., II, n° 890.

2. Lebon, 1918, p. 1117.

3. Lebon, 1921, p. 153.

4. V. p. 139.

règle dans le cas où les obstacles rencontrés sont la conséquence d'un acte de l'Administration, car il estime que les mesures de réglementation, prises par l'Etat dans le domaine économique, devaient entrer dans les prévisions du fournisseur.

Dans l'arrêt Gotié du 1^{er} juin 1921 (1), par exemple, le fournisseur, qui s'était obligé à livrer cent mille chandails au Département de la Guerre, se plaignait de ce que l'Administration eût passé, dès l'époque de l'approbation de son marché, des commandes extrêmement considérables d'articles de bonneterie, et de ce qu'il s'en fût suivi une raréfaction du matériel et du personnel et une hausse des prix qui avaient bouleversé l'économie du contrat, et en avait rendu l'exécution impossible dans les délais prévus. Le Conseil d'Etat, « considérant que le requérant n'établissait pas « que les difficultés qu'il avait rencontrées fussent dues à « une faute de l'Administration, *ni qu'elles pussent être regardées comme ayant bouleversé l'économie de son contrat,* » rejeta la requête du fournisseur.

L'arrêt ci-dessus relaté assimile, au point de vue de l'application de la théorie de l'imprévision, les conséquences des actes dommageables de l'Etat, quand ils n'ouvrent aucun recours à la personne lésée, aux circonstances indépendantes de la volonté des parties. La même assimilation paraît avoir été implicitement faite par les arrêts da Cunha-Matos et Azanza, dont il a été parlé ci-dessus.

c) ACTES DE LA PUISSANCE PUBLIQUE AGGRAVANT LES CHARGES DU FOURNISSEUR. — L'insuffisance des ressources économiques du pays pendant la guerre conduisit assez vite le Gouvernement à en réglementer l'usage. Tour à tour les transports, les combustibles, les matières premières firent l'objet de mesures législatives et administratives destinées à en assurer l'emploi et la répartition au mieux des besoins du moment. L'Administration dut, en outre, prescrire de retarder l'exécution de certaines fournitures pour en assurer d'autres qui, dans le moment, présentaient un

1. Lebon, 1921, p. 530.

plus grand degré d'urgence. Des fournisseurs s'estimèrent lésés par cette réglementation, qui devenait de plus en plus intense au fur et à mesure que la Guerre se prolongeait : aussi, lorsque le Conseil d'Etat statue sur des marchés postérieurs à l'année 1915, il est rare que les troubles causés par les mesures ainsi prises ne soient pas invoqués par le fournisseur à l'appui de sa requête.

En présence de cette argumentation des fournisseurs, quelle allait être l'attitude du Conseil d'Etat? Tout d'abord une première constatation lui parut s'imposer. Le simple jeu des circonstances économiques, indépendamment de tout acte de l'Etat, pouvait suffire à expliquer l'augmentation du prix de revient. Dès lors, il fallait rechercher si les mesures prises par l'Etat avaient porté atteinte aux bases du contrat — auquel cas le fournisseur lésé avait évidemment droit à une indemnité — ou si, au contraire, ces mesures n'étaient que la simple constatation d'une modification de la situation économique. Dans cette dernière hypothèse, il n'y avait point, à proprement parler, d'acte de la puissance publique préjudiciable au fournisseur; il y avait seulement une variation des circonstances économiques à laquelle il convenait d'appliquer la théorie de l'imprévision; dans les marchés de courte durée, le Conseil d'Etat, pour rester fidèle à sa jurisprudence constante, était donc conduit à rejeter les requêtes des fournisseurs.

Tel fut le cas dans l'affaire Fromassol, du 3 décembre 1920 (1), dont il a déjà été question plus haut (2).

Le fournisseur avait passé avec l'Etat, le 17 juillet 1917, un marché pour la fourniture de 38.000 obus de 155, livrables dans un délai de quelques mois. Mais, pendant ce court délai, s'était produite une hausse du prix du coke, des fontes et du coût de la main-d'œuvre. Le fournisseur réclamait, de ce chef, une indemnité.

En ce qui concerne l'augmentation du prix des fontes et

1. V. l'arrêt dans la *Revue du Droit public*, 1921, p. 73 et s. avec les conclusions de M. Corneille et la note de M. Jèze.

2. V. p. 134.

du coke, le Commissaire du Gouvernement développa cette idée « qu'un fournisseur traitant pendant la guerre devait « prendre ces aléas en considération dans ses calculs » et, suivant une jurisprudence constante analysée plus haut, le Conseil d'Etat rejeta la requête de l'exposant. Il n'est point nécessaire de revenir sur cette question.

Quant à la hausse des salaires, le fournisseur arguait, non pas de circonstances économiques imprévues, mais d'une décision ministérielle qui lui avait imposé une augmentation de salaires.

M. le Commissaire du Gouvernement Corneille reconnaît, en ses conclusions, que l'acte ministériel n'avait pas le caractère d'un simple avis, mais d'un acte d'autorité. Il observe, toutefois, que le relèvement de salaire ainsi enjoint peut être :

« Soit une simple constatation de l'état économique, « faite seulement dans une forme un peu rude » : il n'existe alors qu'un aléa économique dont le fournisseur a la charge;

« Soit une mesure prise dans un but politique pour écar-
« ter des mouvements sociaux. »

Et M. Corneille ajoute : « Nous estimons très nettement « que, dans ce second cas, la responsabilité de l'Administra-
« tion serait engagée vis-à-vis du fournisseur, comme dans
« les affaires d'établissement de droits d'octroi sur les ma-
« tières premières d'un entrepreneur, qui ont donné lieu à
« de nombreux arrêts et où la décision de l'Administration
« n'engage sa responsabilité pécuniaire — en vertu du prin-
« cipe que l'un des contractants ne peut, de sa propre auto-
« rité, modifier l'équilibre du marché — que dans la mesure
« où le relèvement est uniquement le fait de l'Administra-
« tion. »

Ce principe posé, M. Corneille conclut en ces termes :

« Pouvons-nous affirmer que les tableaux de salaires de
« la décision incriminée correspondent aux conditions éco-
« nomiques? Si oui, pas de question.

« Dans le cas contraire, nécessité d'une expertise. »

En l'espèce toutefois, le Commissaire du Gouvernement

juge une expertise inutile. Il constate en effet que l'indemnité demandée par le fournisseur, 12.000 francs, est faible par rapport à l'importance du marché qui est d'un million de francs environ, et il conclut : « Il n'est véritablement
« guère besoin de détails techniques donnés par des experts
« pour admettre qu'étant donné les circonstances écono-
« miques mêmes, la hausse de la vie durant les derniers
« mois de 1917 et les premiers mois de 1918, un chiffre aussi
« peu élevé de hausse pour un marché ayant duré plusieurs
« mois a dû entrer dans les prévisions du fournisseur au
« moment du contrat, parce qu'à défaut de tout fait de
« l'Administration, il eût simplement et uniquement
« résulté des circonstances économiques. »

Conformément aux conclusions qui viennent d'être analysées, le Conseil d'Etat rejeta la demande du fournisseur en ce qui concerne les salaires, dans les termes suivants :

« Considérant qu'en égard à l'époque à laquelle a été
« passé le marché des requérants, la hausse des salaires
« correspondant à la hausse du coût de la vie a dû
« entrer dans leurs prévisions et constituait par elle-même
« un des aléas du marché qui doit demeurer, en l'absence
« d'un véritable bouleversement du contrat, à la charge
« du fournisseur; qu'il ne pourrait en être autrement que
« si, par sa décision du 26 janvier 1918, le ministre de
« l'Armement avait prescrit le paiement de salaires supé-
« rieurs à ceux qui résultaient à cette époque de l'augmen-
« tation réelle du coût de la main-d'œuvre, et si, par suite,
« on se trouvait en présence d'un véritable fait de l'Admi-
« nistration dont les conséquences devraient être intégrale-
« ment supportées par elle; mais que tel n'est pas le cas en
« l'espèce, et que rien ne s'oppose, dès lors, à ce que cette
« augmentation soit regardée comme un risque de l'entre-
« prise; que les parties étant d'accord pour fixer à 12000 fr.
« la surcharge imposée de ce chef aux requérants, ce sur-
« croît de dépenses, eu égard à l'importance du marché,
« n'excède pas les limites de la hausse des salaires qui
« pouvait être envisagée par les parties. »

Dans les autres espèces où les fournisseurs faisaient état

de dommages que leur aurait causés la puissance publique, les arrêts sont motivés d'une façon beaucoup plus succincte: le Conseil d'Etat se borne à déclarer que l'entrepreneur aurait dû faire entrer dans ses calculs l'éventualité des mesures prises par l'Administration. Dans l'affaire Courdy, du 21 juin 1922 (1), par exemple, il décide « qu'à l'époque où « il a traité, à la fin de septembre 1916, le sieur Courdy devait « faire entrer dans ses prévisions les difficultés de toute nature qui pourraient résulter de l'état de guerre, notamment « les sujétions provenant de la réglementation de la production des établissements métallurgiques et, par application « de cette réglementation, de la priorité d'exécution assurées à certaines commandes de l'Etat ayant pour objet de « satisfaire aux nécessités les plus urgentes de la défense « nationale. »

Il convient de remarquer que la subordination de l'octroi d'une indemnité à l'existence d'une imprévision se rencontre aussi bien dans la jurisprudence accordant une compensation au traitant lésé par la puissance publique que dans celle qui consacre la théorie de l'imprévision : or, rien dans les termes de l'arrêt Courdy et des décisions analogues ne permet d'inférer que le Conseil ait entendu faire application de l'une de ces deux théories plutôt que de l'autre. Mais il serait peu vraisemblable que, dans les arrêts précités, le Conseil d'Etat n'ait tenu aucun compte de cette idée, si fortement exprimée dans l'affaire Fromassol, que le trouble subi par le fournisseur dans l'exécution de ses obligations a pour cause, dans la plupart des cas, moins un acte de la puissance publique que des difficultés économiques auxquelles la réglementation administrative avait pour seul but de remédier. On peut donc dire que, dans la majorité des espèces, c'est la théorie de l'imprévision, et

1. Lebon 1922, p. 529.— V. dans le même sens, en ce qui concerne la réglementation des transports et de la répartition des charbons : 19 mai 1920, *Grados* (Lebon, p. 503); 20 novembre 1920, *Société d'Electro-Métallurgie de Dives* (Lebon, p. 936); en ce qui concerne la réglementation des importations : 9 mars 1921, *Delage et Pottier* (Lebon, p. 259); 25 avril 1923, *Philippe* (Lebon, p. 358).

non la théorie indemnitaire fondée sur les actes domageables de la puissance publique, dont le Conseil a entendu faire application.

§ 3. — SANCTION DE L'INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS DU FOURNISSEUR DANS LES MARCHÉS DE COURTE DURÉE

En rejetant d'une manière générale les pourvois des fournisseurs, le Conseil d'Etat a confirmé les sanctions appliquées par l'Administration.

Comme il s'agit presque toujours de marchés de fournitures de guerre dont l'intérêt général exige l'exécution, l'Administration s'abstient, en règle générale, de prononcer la résiliation, et consent à recevoir les livraisons tardives en appliquant les pénalités prévues au marché, sauf à en modérer parfois le taux par mesure d'équité (1).

Mais si, après la mise en demeure de l'entrepreneur, l'exécution de la fourniture vient à cesser d'importer à l'intérêt général, l'Administration peut être amenée à se prévaloir du droit de résiliation. C'est ainsi qu'un marché pour la fourniture de quarante réservoirs destinés à la poudrerie de Toulouse, qui devaient être livrés les 20 juillet et 20 septembre 1917, et dont l'exécution s'était trouvée retardée par des circonstances diverses, a été résilié après la cessation des hostilités, le 24 novembre 1918 (2).

Parfois, en cas de résiliation, l'Administration use de la faculté de remplacement; elle passe alors un marché par défaut (3) ou exécute elle-même la fourniture aux frais et risques de l'entrepreneur défaillant (4). Dans le cas spécial où le fournisseur se trouve dans l'impossibilité de

1. V. notamment, 11 décembre 1918, *da Cunha-Matos* (Lebon, p. 1117). L'arrêt constate que les pénalités ont été réduites par le ministre de 332.498 francs à 30.000 francs pour un premier marché, de 2.309.684 francs à 110.000 francs pour un second.

2. 30 novembre 1921, *Cordonnier* (Lebon, p. 986).

3. 31 novembre 1920, *Worms* (Lebon, p. 902); 3 août 1922, *Olivier* (Lebon, p. 702).

4. 14 février 1923, *Ulmann* (Lebon, p. 144).

livrer le produit promis qui ne se trouve plus sur le marché, mais où cette impossibilité existait dès la signature du contrat, l'entrepreneur devra porter la peine de sa légèreté; il ne saurait toutefois être question de passer un marché par défaut, l'Administration étant dans l'impossibilité de se remplacer. La seule sanction sera, dans ce cas, l'application des pénalités (1).

Bien entendu, les sanctions les plus graves sont celles prises en cas d'abandon volontaire de l'exécution de la fourniture : elles comportent alors, outre la résiliation du marché, la saisie du cautionnement et la mise à la charge du fournisseur de l'accroissement de dépenses résultant de la conclusion d'un marché par défaut (2).

§ 4. — ARRÊTS EXONÉRANT LE FOURNISSEUR DES CONSÉQUENCES DES DIFFICULTÉS SURVENUES

Trois arrêts seulement, en ce qui concerne les marchés à court terme, peuvent être rangés dans cette catégorie.

1^o Arrêt du 30 juin 1920, *Lucas* (3). — Cet arrêt est ainsi conçu :

« Considérant que le contrat, approuvé définitivement le 5 octobre 1914 et notifié au fournisseur, stipulait la fourniture d'une certaine quantité de drap kaki et de drap rouge dans les dix jours de la notification et prévoyait, en cas de retard dans les livraisons, une retenue d'un centime par franc et par jour de retard;

« Considérant que le sieur Lucas a rencontré dès le début des difficultés graves pour s'approvisionner des matières qui faisaient l'objet de son marché; que les parties, ainsi

1. 3 mars 1920, *Bessis* (Lebon, p. 228); *Contra* toutefois : 24 janvier 1923, *Pansieri* (Lebon, p. 54), où l'Administration, ayant pu se procurer une petite quantité de la fourniture, procède par voie de généralisation et débite le fournisseur d'une somme calculée en appliquant à tous les manquants l'augmentation de prix constatée sur les quantités réellement achetées par elle.

2. 26 juillet 1922, *Molle* (Lebon, p. 653).

3. Lebon, 1920, p. 641.

« que cela résulte notamment des lettres du sous-intendant « militaire en date des 16 et 23 octobre 1914, ont reconnu la « nécessité de modifier les clauses du marché primitif; qu'en « conséquence, d'une part, elles ont substitué au drap rouge « et kaki le drap gris bleuté et que, d'autre part, l'Adminis- « tration a renoncé aux délais de livraison primitivement « imposés; que, dans ces conditions, le sieur Lucas est « fondé à soutenir que c'est à tort que le ministre de la « Guerre lui a infligé les pénalités prévues au contrat. »

Le court délai de livraison, dix jours, ne permettait pas au fournisseur de se prévaloir valablement d'une imprévision et accusait, au contraire, son imprévoyance : c'est la reconnaissance par l'Etat de l'impossibilité d'exécuter la fourniture dans les délais fixés, et peut-être aussi l'énormité des pénalités encourues qui ont motivé la décision. On ne peut donc voir là une application de la théorie de l'imprévision.

2^o *Arrêt du 21 juillet 1921, Bannier* (1). — Le fournisseur, qui avait traité avec le sous-secrétaire d'Etat du Ravitaillement pour la fourniture de confitures en boîtes, demandait l'exonération de pénalités qui lui avaient été infligées, en se fondant notamment sur le manque de charbon et de fer blanc. Le Conseil d'Etat le débouta pour la raison « qu'en « accordant au sieur Bannier des sursis de livraison d'un « mois pour le premier lot, de six mois pour le deuxième et « le troisième lot, le ministre de la Guerre a tenu un compte « suffisant des difficultés rencontrées par le fournisseur dans « l'approvisionnement des matières premières nécessaires « à l'exécution du marché. »

Si l'on s'en tient aux termes de l'arrêt, il semble que, dans ce cas spécial, le Conseil d'Etat ait renoncé à opposer au fournisseur la fin de non recevoir fondée sur ce qu'il aurait dû prévoir, en s'obligeant, les difficultés qui pouvaient survenir. Mais, si l'on considère que le Conseil a écarté l'application de la théorie de l'imprévision dans les marchés contemporains, on est amené à douter que le Conseil ait réelle-

1. Lebon, 1921, p. 764.

ment voulu apporter ici une dérogation à sa jurisprudence habituelle; on est donc conduit à attribuer à une insuffisance de motifs l'anomalie présentée par l'arrêt Bannier.

3^o Arrêt du 28 novembre 1924, *Tanti* (1). — Ici, au contraire, il est indiscutable que le Conseil d'Etat a voulu s'écarter de sa jurisprudence constante. Voici les circonstances de cette affaire :

Par arrêté du 4 juin 1917, le Gouverneur Général de l'Algérie avait décidé qu'il serait rigoureusement interdit aux particuliers d'acheter de l'orge et de l'avoine de la récolte de 1917 à un prix supérieur à 25 fr. 50 pour l'orge et à 25 francs pour l'avoine; l'arrêté spécifiait qu'à partir du 1^{er} novembre 1917 jusqu'au 1^{er} juillet 1918, ces prix pourraient être augmentés de 0 fr. 15 par mois.

Peu de temps après, le sieur Tanti passait un marché avec l'Etat. Mais un nouvel arrêté du Gouverneur Général ayant relevé les prix maximum fixés ci-dessus, le fournisseur demanda une augmentation de prix à l'Etat.

M. le Commissaire du Gouvernement Mazerat proposa le rejet de la requête. Fidèle à la jurisprudence du Conseil en ce qui concerne les marchés à court terme, il soutenait qu'il n'y avait pas eu d'imprévision, que le fournisseur avait dû envisager la possibilité d'une modification de la réglementation des prix, et qu'en outre la hausse survenue n'avait pas bouleversé l'économie de son marché.

Selon M. Mazerat, la théorie indemnitaire à raison de l'aggravation des charges de l'entrepreneur par un acte d'autorité de l'Administration contractante n'était pas davantage applicable en l'espèce : le Gouverneur Général de l'Algérie n'était pas partie au marché, et l'arrêté dont se plaignait le fournisseur n'avait d'ailleurs pas été pris dans l'intérêt financier de l'Algérie. On ne pouvait rapprocher l'affaire que de l'hypothèse où le préjudice éprouvé par le fournisseur provient de mesures d'ordre général n'ayant qu'une répercussion indirecte sur l'exécution du marché :

1. *Revue du Droit public*, 1925, p. 76 et s.

or, soutenait M. Mazerat, de telles mesures ne donnent pas droit à une indemnité.

Contrairement aux conclusions du Commissaire du Gouvernement, le Conseil d'Etat rendit l'arrêt suivant :

« Considérant que le marché par lequel le sieur Tanti s'est
« engagé envers l'intendant militaire à exécuter, dans l'ar-
« rondissement d'entreprise de Bône, le service de fourniture
« des fourrages à la ration, au prix de trente francs par quintal,
« a été passé le 22 juillet 1917, alors que les prix limites ci-
« dessus » (ceux de l'arrêté du 4 juin 1917) « venaient d'être
« fixés; qu'il a été conclu pour une période d'un an cor-
« respondant sensiblement à celle qu'avaient en vue lesdits
« arrêtés; que, dans ces conditions, les prix limites ainsi
« fixés par le Gouverneur Général doivent être considérés
« comme ayant constitué, dans les communes intentions
« des parties, l'une des conditions essentielles du contrat;

« Considérant que, dès lors, les modifications apportées
« à ces arrêtés, dès le 11 août 1917, par le Gouverneur Gé-
« néral ayant rendu plus onéreux ceux des achats que le
« sieur Tanti n'a pu réaliser qu'après cette date, celui-ci
« est fondé à regarder les sujétions par lui subies comme
« provenant, non d'une imprévision, laquelle ne pourrait
« donner lieu à compensation qu'en cas de bouleversement
« de son contrat, mais d'un fait de l'Administration, dont
« il ne doit pas, en tout état de cause, supporter les con-
« séquences. »

Mais le Conseil, considérant « qu'il résulte de l'instruction
« que l'augmentation des charges de l'entreprise n'est pas
« exclusivement imputable aux nouveaux arrêtés du Gou-
« verneur Général », décide que « par suite, le préjudice
« subi par le fournisseur ne doit pas être en totalité sup-
« porté par l'Administration. »

C'est certainement commettre une erreur que de qualifier les difficultés rencontrées par le fournisseur de *fait de l'Administration*. Comme l'a fort bien montré M. Mazerat, la modification des arrêtés n'est pas l'œuvre de l'Etat, partie contractante; elle est le fait d'un tiers, d'une Administration ayant une personnalité distincte, et dont les actes

ne peuvent engager la responsabilité de l'Etat. Dans ces conditions, la décision prise par le Conseil en faveur du fournisseur ne peut se justifier qu'en vertu de la théorie de l'imprévision.

L'arrêt déclare, il est vrai, que la théorie de l'imprévision est inapplicable en l'espèce, puisqu'il n'y a pas eu de bouleversement du contrat. Mais toute la question est de savoir si ce bouleversement est nécessaire ici pour l'existence de l'imprévision. Sans doute, un fournisseur ne peut jamais compter sur la parfaite stabilité des conditions économiques sous l'empire desquelles il a traité. C'est pourquoi, le plus souvent, l'imprévision consiste, non dans la nature du trouble survenu (hausse des prix des matières premières, du coût de la main-d'œuvre, etc...), mais dans l'ampleur exceptionnelle de ce trouble : il est bien évident qu'alors le bouleversement du contrat sera la condition même de l'existence de l'imprévision.

Par contre, il est d'autres cas, exceptionnels il est vrai, où le fournisseur n'a à faire entrer dans ses prévisions aucun aléa, et où, par conséquent, la simple survenance du fait imprévu, indépendamment de tout bouleversement de l'économie du contrat, fait naître la situation de force majeure dont parlent les arrêts du Conseil d'Etat. L'affaire Tanti en offre un exemple. Dans ses calculs, l'entrepreneur était fondé — le Conseil d'Etat le reconnaît — à faire état d'une réglementation édictée par un tiers pour une durée correspondant approximativement au délai d'exécution du marché. Il pouvait légitimement considérer comme inexistant l'aléa d'une augmentation du prix d'achat des fourrages. Par conséquent, toute modification inattendue des arrêtés pris par le Gouverneur de l'Algérie, en augmentant son prix de revient, lui rendait applicable la théorie de l'imprévision, sans qu'il y eût lieu de rechercher si l'économie de son contrat se trouvait bouleversée. Sans doute, le Conseil d'Etat répugne à cette conclusion, comme le démontrent les motifs par lesquels il justifie l'attribution d'une indemnité à l'exposant. Il n'en est pas moins vrai qu'en dépit des termes de l'arrêt, seule la théorie de l'imprévision peut

donner une explication satisfaisante de cette décision. On se trouve donc, en l'espèce, on peut l'affirmer, en présence d'une dérogation certaine à la jurisprudence habituelle du Conseil d'Etat sur les marchés de courte durée.

SECTION III

Les marchés d'une certaine durée

La jurisprudence du Conseil d'Etat, si ferme et si nette dans l'immense majorité des arrêts rendus sur les contrats de courte durée, se fait ici plus hésitante : l'examen des quelques décisions qui intéressent les marchés de fournitures d'une certaine durée en apporte la preuve.

1^o *Arrêt du 9 novembre 1921. Société commerciale des Carbures* (1). — Aux termes d'un marché passé le 24 novembre 1914 avec le ministre de la Guerre, la Société commerciale des Carbures s'était engagée à fournir, au prix de 26 francs par quintal métrique, les quantités de carbure de calcium, de la qualité dite « tout venant », qui seraient nécessaires aux stations-magasins de l'armée pendant la guerre : ni la durée du marché, ni l'importance des quantités à livrer n'étaient donc bien déterminées.

Par un avenant du 1^{er} février 1917, la société consentit à livrer, au lieu de « tout venant », du carbure concassé, moyennant un supplément de 1 fr. 50 par quintal.

Mais, postérieurement, le 22 mai 1918, elle demanda au ministre un relèvement de prix, à raison de l'accroissement de son prix de revient. Elle excipait notamment de deux lettres du sous-secrétaire d'Etat de l'Artillerie et des Munitions, lettres qui émanaient, il est vrai, d'une Administration étrangère à celle avec laquelle la société avait traité. La première de ces lettres, datée du 10 juin 1916, décidait, à raison de la hausse des matières premières, de relever le prix de base du carbure de calcium; la se-

1. V. l'arrêt et les conclusions de M. Corneille (*Revue du Droit public*, 1921, p. 486 et s.).

conde, du 17 mai 1917, posait le principe d'une révision trimestrielle de ce prix.

Le ministre de la Guerre ayant refusé toute majoration pour la période antérieure au 30 avril 1917, et n'ayant accordé, pour la période postérieure, qu'une augmentation jugée insuffisante par la société, celle-ci déféra la décision ministérielle au Conseil d'Etat.

Dans ses conclusions, M. le Commissaire du Gouvernement Corneille résume ainsi l'argumentation de la société :

« La situation qui s'est révélée n'a pas été dans la com-
« mune intention des parties contractantes, base du
« contrat. Si un marché peut être bouleversé dans son
« économie par une guerre qui n'existait pas lors de sa
« conclusion, il peut l'être d'une manière tout aussi grave
« lorsqu'il a été passé au commencement d'une guerre dont
« la durée, ainsi que l'intensité, a dépassé par la suite toutes
« les prévisions possibles. » Or, la société déclarait s'être
trouvée dans une situation doublement imprévue : d'une
part, le prix du carbure de calcium est passé de 12 fr. 45
par quintal avant la guerre à 213 francs au 30 avril 1917;
d'autre part, les quantités à livrer se sont accrues de 95 à
800 tonnes par mois entre la signature du marché et
l'année 1918. Elle s'estimait donc en droit de bénéficier
de la théorie de l'imprévision, comme en avaient d'ailleurs
bénéficié avant elle les compagnies gazières à qui le Conseil
d'Etat avait appliqué le théorie dite « de l'imprévision
relative » ; ces compagnies, dont les concessions étaient
antérieures à la guerre, avaient passé avec les concédants
dans les premiers mois des hostilités, des avenants desti-
nés à mettre leurs contrats en harmonie avec la situation
née de la guerre ; mais, bien qu'elles se trouvassent dès
lors dans la même situation que si elles avaient obtenu
leurs concessions depuis la guerre, le Conseil d'Etat leur
avait cependant accordé des indemnités ; il avait estimé,
en effet, que leurs prévisions nouvelles s'étaient trouvées
dépassées, qu'elles pouvaient, à un certain degré, se pré-
valoir d'une nouvelle imprévision : d'où le nom d'*imprévi-
sion relative*.

M. Corneille combattit vivement l'argumentation de l'exposante, et s'efforça d'établir que le contrat de la Société commerciale des Carbuers devait être traité comme un marché de courte durée.

« Jusqu'ici, rappelle M. Corneille, en principe, du moment où un marché de fournitures a été passé postérieurement à l'état de guerre, vous avez considéré que les circonstances matérielles de l'état de guerre n'entraînent pas une indemnité représentative des modifications de prix. »

La société requérante avait soutenu que cette jurisprudence ne pouvait s'appliquer qu'aux marchés de courte durée; M. Corneille ne trouve pas cette objection décisive :

« C'est précisément et surtout parce que le marché qui vous est soumis porte sur toute la durée de la guerre que nous vous proposons tout spécialement ici — et en dehors même de la question de principe du marché conclu après le début des hostilités — que nous vous proposons le rejet de toute indemnité.

« Du moment où, après réflexion, après pourparlers, après avoir pesé le pour et contre, le fournisseur s'est engagé vis-à-vis de l'Administration à fournir, pour un certain prix, pendant la durée incertaine de la guerre, il est censé s'être engagé sciemment, délibérément, définitivement et à ses complets risques et périls. Il n'y a, suivant nous, en de pareilles circonstances, nulle place pour une théorie de l'imprévision. »

Le fournisseur invoque, il est vrai, la théorie de l'imprévision relative, mais M. Corneille croit devoir repousser cet argument :

« Si... vous avez admis, dit-il, ce qu'on a appelé la théorie de l'imprévision relative, c'est-à-dire le droit à indemnité supplémentaire, même dans le cas où des avenants passés au début de la guerre avaient admis des prévisions qui s'étaient trouvées dépassées dans la suite des événements, c'est que vous avez pensé que peut-être — et ici la question devenait plus douteuse —

« que les parties n'ont pu raisonnablement prévoir le
 « développement des circonstances exceptionnelles qui
 « s'étaient réalisées par la suite.

« Mais — et c'est une remarque de la plus haute impor-
 « tance — vos arrêts sur l'imprévision dite relative se rap-
 « portent à des contrats passés avant guerre, et se résu-
 « ment en ceci qu'en révisant le contrat tout de suite
 « après les hostilités pour le mettre d'accord, dans son
 « économie, avec les événements postérieurs au 2 août
 « 1914, les parties n'avaient pas été jusqu'au bout des
 « prévisions nouvelles possibles.

« La théorie de l'imprévision relative est, en somme,
 « celle du degré insuffisant des prévisions nouvelles réfor-
 « mant les prévisions anciennes. »

Résumant sa pensée, M. Corneille conclut dans les termes suivants :

« Nous croyons pouvoir dire, en nous basant sur votre
 « théorie de l'imprévision, que, si un marché de fourni-
 « tures échelonnées comme le marché actuel a été conclu
 « antérieurement à la guerre, il peut y avoir allocation
 « d'une indemnité au fournisseur pour les surcharges résul-
 « tant de circonstances exceptionnelles dont il n'a pu tenir
 « compte dans le forfait de prix de son marché.

« Nous irons peut-être jusqu'à admettre, étant donné
 « certains de vos arrêts relatifs aux concessions, et pa-
 « raissant s'inspirer d'une doctrine dite de l'imprévision
 « relative, que si, pour un marché conclu avant la guerre,
 « le fournisseur a, dans un avenant passé depuis l'ouverture
 « des hostilités, mal apprécié les résultats des circonstances
 « exceptionnelles dont nous parlerons tout à l'heure, le
 « juge pourrait étudier l'éventualité d'une allocation
 « supplémentaire.

« Mais, ce que nous ne saurions admettre, c'est qu'un
 « fournisseur qui a traité depuis l'ouverture des hostilités,
 « et a fait à cette époque un prix à forfait pour toute la
 « durée de la guerre, vienne réclamer une indemnité,
 « pour le motif que la durée ou l'intensité de cette guerre
 « aurait rompu l'équilibre de son contrat. Car l'équilibre

« de ce contrat repose, ou est censé reposer — étant donné
 « les termes du marché, termes qui doivent exprimer
 « l'intention commune des contractants — sur l'aléa
 « résultant de ce forfait de durée lui-même. Cet aléa, c'est
 « donc un aléa ordinaire. »

A ces considérations générales, M. Corneille ajoute un argument spécial à l'affaire en cause : c'est que la société a reconnu pendant longtemps, aux difficultés rencontrées par elle, le caractère d'un aléa ordinaire « puisque, ayant
 « passé trois avenants successifs, dont le dernier à une
 « époque presque contemporaine de sa demande en indem-
 « nité, elle n'a pas même pas cherché à entrer en pourpar-
 « lers pour réviser, en même temps que les conditions
 « de livraison, les conditions de prix de la fourniture, »
 et que « elle a même laissé déclarer, à trois reprises, que
 « le surplus du marché primitif était maintenu. »

Ecartons provisoirement cette considération spéciale, et tenons-nous en à la partie générale des conclusions de M. Corneille. Une chose frappe l'esprit : les idées développées par le Commissaire du Gouvernement tendent à faire subir un recul à la théorie de l'imprévision. S'il reconnaît légitime l'application de la théorie de l'imprévision aux marchés antérieurs à la guerre, la théorie de l'imprévision relative, cependant consacrée par une jurisprudence importante, lui paraît d'une valeur « plus douteuse ». M. Corneille s'efforce évidemment de limiter le champ d'application de la théorie de l'imprévision, et cet état d'esprit explique des conclusions qui tendent à refuser le bénéfice de cette théorie à tous les marchés conclus pendant la guerre, sans aucune distinction.

Une solution si rigoureuse s'accorde mal avec les principes de la théorie de l'imprévision et avec les applications qu'en avait faites le Conseil d'Etat dans le passé. M. Corneille répond à cette objection en invoquant le caractère aléatoire que donne au marché de la société requérante la durée imprécise pour laquelle il a été conclu. Mais le caractère aléatoire d'un marché ne peut mettre obstacle à l'application de la théorie de l'imprévision: ici, comme dans

les contrats commutatifs, les stipulations du marché ne peuvent s'appliquer que dans la limite des aléas prévisibles au moment de l'échange des consentements. Or, qui pourrait admettre un instant que, lors de la conclusion d'un contrat datant des premiers mois de la guerre, les parties aient pu deviner toutes les conséquences de cette guerre, et mesurer les risques qu'allait entraîner pour le fournisseur la prolongation des hostilités? Dans un contrat passé pour la durée de la guerre, il y a nécessairement place, à raison de sa durée même, pour des aléas extraordinaires, et si l'étendue des risques imprévisibles y est plus étroitement limitée que dans les marchés passés avant la guerre, on ne saurait conclure de cette constatation, très générale d'ailleurs, qu'il ne saurait y exister d'aléas exceptionnels. Au surplus, nier la possibilité d'existence de tels aléas dans des contrats conclus pour la durée des hostilités, c'est se mettre en contradiction avec la jurisprudence relative aux marchés de courte durée : en se fondant sur la brièveté de ces marchés pour leur refuser le bénéfice de la théorie de l'imprévision, le Conseil la déclare en effet implicitement applicable aux contrats comportant un long délai d'exécution.

La thèse de M. Corneille se heurte donc à de très sérieuses objections. Il reste à examiner si elle a triomphé devant le Conseil d'Etat : les termes de l'arrêt permettront d'en juger :

« Considérant qu'aux dates des 6 décembre 1915 et
 « 14 février 1917, la société requérante a signé deux ave-
 « nants à son marché de fournitures sus-mentionnés;
 « que, par ces conventions additionnelles, ladite société
 « s'engageait à livrer le carbure de calcium à l'Adminis-
 « tration moyennant le prix de 26 francs le quintal...
 « majoré d'une somme de 1 fr. 50, majoration payable
 « à partir du 1^{er} février 1917, toutes autres conditions du
 « marché du 24 décembre 1914 restant les mêmes; que
 « la société requérante, en stipulant de l'Etat ladite majo-
 « ration, et en ne formulant, pour les fournitures déjà
 « effectuées, aucune demande d'indemnité, reconnaissait

« ainsi implicitement que les prix qui lui avaient été accordés, tant par son contrat primitif que par lesdits
 « avenants, constituaient une rémunération suffisante de ses
 « prestations; que le défaut de toute réclamation de la
 « société requérante s'explique d'autant mieux qu'à l'é-
 « poque où cette société a traité pour la première fois
 « avec l'Administration, les prix de fourniture du carbure
 « de calcium qui lui avaient été consentis par l'Etat, lais-
 « saient à la société requérante une marge de bénéfices
 « importante qui la mettait à même de supporter une hausse
 « notable du prix de revient du carbure de calcium; qu'en
 « cet état, il ne résulte pas de l'instruction que les condi-
 « tions, dans lesquelles la société a dû, à partir du mois
 « de juin 1917, exécuter son marché, aient constitué une
 « circonstance exceptionnelle excédant l'aléa que les par-
 « ties ont pu envisager lors de l'établissement des prix
 « forfaitaires qu'elles ont adopté... »

Il n'y a, dans cet arrêt, aucune trace des considérations générales développées par M. Corneille; le rejet de la requête est uniquement fondé sur des circonstances spéciales à l'affaire. On peut donc douter très fortement que le Conseil d'Etat ait voulu traiter cette affaire comme les marchés à court terme et lui refuser, *de principe*, le bénéfice de la théorie de l'imprévision.

2^o Arrêt du 7 mars 1923. *Société Schneider et Cie* (1). — La société avait passé, le 12 décembre 1915, un marché avec la Marine Nationale, pour la fourniture des moteurs de deux sous-marins, livrables respectivement les 15 janvier et 15 mars 1917.

D'importants retards de livraison s'étant produits, le ministre, tout en tenant compte dans une certaine mesure des difficultés rencontrées, n'en avait pas moins infligé au fournisseur une lourde pénalité.

Sur un recours de la société, le Conseil rendit l'arrêt suivant :

« Considérant que la société requérante n'établit pas

1. Lebon, 1923, p. 219.

« qu'en fixant respectivement à cent quarante-deux jours et
 « à cent douze jours les retards de livraison des moteurs
 « du *Jassel* et du *Fulton* imputables à l'obligation imposée,
 « par les ordres du ministre de l'Armement, d'exécuter par
 « priorité certaines commandes de matériels, ainsi qu'aux
 « changements opérés dans les programmes d'artillerie,
 « et enfin au départ d'ouvriers rappelés sous les drapeaux
 « par application de dispositions législatives postérieures
 « à la passation des marchés, le ministre de la Marine ait
 « fait une inexacte appréciation des circonstances de
 « l'affaire; que, par suite, la société requérante n'est pas
 « fondée à demander, de ce chef, une exonération supérieure
 « à celle qui lui a été accordée par la décision attaquée.

« Considérant, d'autre part, qu'il résulte de l'instruc-
 « tion, et notamment des avis et rapports du service
 « local de la surveillance; qu'en dehors des causes de
 « retard admises par le ministre de la Marine, le manque
 « de personnel spécialiste, non imputable à la société
 « requérante, a été la cause d'un retard évalué à soixante
 « jours pour la livraison des appareils du *Fulton* et à
 « trente jours pour celle des appareils du *Jassel*; qu'il y
 « a lieu, par suite, réformant sur ce point la décision minis-
 « térielle attaquée, d'accorder à la société requérante
 « décharge des pénalités appliquées à raison de ces
 « retards. »

Cet arrêt appelle une double remarque :

1^o Si la requête de la société est rejetée sur certains points, ce n'est nullement parce que le marché est postérieur au début des hostilités, *c'est par suite d'une insuffisance de preuve.*

2^o Là où cette preuve est apportée, en ce qui concerne le manque de personnel spécialiste, l'exonération des pénalités est accordée.

L'arrêt s'oppose encore plus nettement que le précédent aux décisions concernant les marchés à court terme. On ne peut mieux s'en rendre compte qu'en le rapprochant d'un arrêt concernant un contrat de brève durée, celui du 10 novembre 1920, Société d'Electro-Métallurgie de

Dives (1). Dans ce dernier contrat, le Conseil n'attache à la constatation de l'« absence de tout fait précis et dûment établi » qu'une importance secondaire, et fonde avant tout le rejet de la requête sur le motif qu'à l'époque où la société avait traité, elle avait dû faire entrer dans ses calculs les difficultés nées de l'état de guerre.

3^o *Arrêt du 27 juin 1923, Société Métallurgique du Périgord* (2). — La Société avait passé, le 27 décembre 1916, un marché avec l'Etat pour la fourniture de 24.000 tonnes de fonte hématite livrable avant le 31 décembre 1918, marché pour l'exécution duquel elle devait construire un haut-fourneau. De son côté, l'Etat s'obligeait à fournir à la Société le coke nécessaire pour l'exploitation du haut-fourneau, et à lui verser, pour l'amortissement de cette construction, une somme de 40 francs par tonne de fonte produite pour l'exécution du marché.

Lorsque l'édification du haut-fourneau fut achevée, le ministre, répondant à une demande de livraison de coke faite par la société, lui fit savoir que les disponibilités en combustibles ne permettaient pas de lui donner satisfaction. Aucune attribution de coke ne lui ayant été faite par la suite, la société demanda une indemnité, à raison de l'inexécution par l'Etat de ses obligations contractuelles.

Devant le Conseil d'Etat, le ministre soutint que l'aggravation, au cours du marché, des difficultés de ravitaillement en combustibles avait « bouleversé l'économie du contrat et libéré l'Etat de l'obligation qu'il avait assumée d'attribuer au fournisseur les quantités de coke nécessaires à l'exécution du marché. »

Mais le Conseil, motif pris de ce que « à l'époque où il avait traité, l'Etat devait prévoir les difficultés inhérentes à la répartition des combustibles à laquelle il procédait », condamna l'Etat à verser à la Société, pour chaque tonne de fonte que celle-ci s'était trouvée dans l'impossibilité de fabriquer, la somme de 40 francs prévue par le marché pour l'amortissement du haut-fourneau.

1. Lebon 1920, p. 936.

2. Lebon, 1923, p. 521.

Cette décision, qui est motivée dans les mêmes termes que les arrêts concernant les marchés de courte durée, est par là même en contradiction avec les deux arrêts précédents, où le Conseil se fonde, pour écarter en tout ou en partie la requête des fournisseurs, non point sur cette considération qu'à la date de leurs marchés respectifs les fournisseurs devaient tout prévoir, mais sur des circonstances spéciales à l'espèce envisagée. La rigueur montrée par le Conseil à l'égard de l'Etat peut s'expliquer par cette idée que le champ des prévisions de l'Etat, s'agissant d'une matière dont il contrôle la répartition, doit être en principe plus étendu que le champ des prévisions d'un simple particulier. Il semble donc, en l'absence de toute impossibilité pour l'Administration d'exécuter ses obligations, que la condamnation prononcée contre elle soit la sanction d'une faute par elle commise.

SECTION IV

Les marchés conclus après la guerre

La guerre avait provoqué, dans le domaine économique, une hausse des prix, variable suivant les époques et les produits, mais ininterrompue. Quelles allaient être les conditions économiques de la période consécutive à la cessation des hostilités? Dans l'opinion générale, une ère de prospérité allait commencer, que caractériserait la revalorisation du franc et un rapide retour à des circonstances économiques normales. Une diminution sensible de tous les prix encourageait cet espoir : fréquemment, les clauses de variation de prix inscrites dans les contrats prévoyaient simplement une diminution de prix (1) à l'exclusion de toute

1. V. notamment les formules de variation figurant dans certains marchés de l'Etat : 28 juin 1922, *Société des Phares Ducellier* (Lebon, p. 557); 3 août 1922, *Société Vierzonnoise de constructions* (Lebon, p. 702).

augmentation. Personne n'envisageait l'éventualité d'une nouvelle hausse des prix.

Et cependant, à partir du mois d'avril 1919, les prévisions que l'on avait faites se trouvèrent déçues. L'Angleterre et les Etats-Unis cessèrent de prêter à la France leur concours financier; l'épuisement des stocks nécessita d'énormes achats à l'étranger qui pesèrent sur notre change, tandis que de nouvelles émissions de billets accentuaient la dépréciation de notre monnaie. A la baisse des mois précédents succéda une brusque élévation des prix, dont l'ampleur et la rapidité dépassèrent celles de la hausse qui s'était produite au cours de la guerre.

Les principes de sa jurisprudence antérieure commandaient au Conseil d'Etat de refuser l'application de la théorie de l'imprévision aux marchés conclus pendant cette nouvelle période de hausse : l'analogie des circonstances économiques imposait les mêmes décisions. Aussi voit-on le Conseil, dans l'arrêt Balaine, du 6 décembre 1922 (1), refuser au requérant, fournisseur de ciment, toute indemnité pour la raison que « ni l'augmentation du prix de la main-d'œuvre, ni la hausse générale du prix du ciment qui se serait produite pendant la période de sept mois stipulée pour l'exécution du marché du 5 janvier 1920, n'ont pu, eu égard aux circonstances économiques de l'époque où le contrat a été passé, se trouver en dehors des prévisions des parties contractantes. »

Par contre, les principes mêmes de la théorie de l'imprévision devaient, semble-t-il, conduire le Conseil d'Etat à réserver un accueil favorable aux recours des fournisseurs qui avaient traité pendant la baisse qui a suivi l'armistice. Or, il n'en est rien, comme en témoigne notamment l'arrêt du 13 juin 1923, Société des Anciens Etablissements Milot (2), relatif à un marché du 10 décembre 1918 pour la fourniture de moteurs; cet arrêt, rendu sur une demande

1. Lebon, 1923, p. 901; Cf. 6 juin 1923, *Maas* (Lebon, p. 446).

2. Lebon, 1923, p. 475.

d'exonération de pénalités formée par le fournisseur, est ainsi conçu :

« Sur le moyen tiré des obstacles rencontrés dans l'exécution du contrat du fait de l'engorgement des usines métallurgiques et du fait de la crise des transports : — Considérant qu'en égard à l'époque où elle a traité et aux dates stipulées pour les livraisons, les difficultés que la société requérante prétend avoir rencontrées, par suite de la situation économique, tant pour la fabrication que pour le transport des marchandises, devaient entrer dans ses prévisions ; qu'ainsi ces difficultés ne constituent pas des cas de force majeure qui puissent être invoqués dans les rapports de ladite société avec l'Etat. »

Le motif précité reproduit les termes mêmes des décisions rendues antérieurement sur les marchés de courte durée conclus pendant la guerre : comme elles, il se fonde sur la brièveté du contrat pour refuser le caractère imprévisible aux difficultés survenues.

L'arrêt rejette également les conclusions subsidiaires de la société tendant à faire déclarer l'Etat débiteur d'une indemnité, et à faire compenser cette indemnité avec les pénalités qui lui avaient été infligées.

Parmi les différents motifs invoqués aux fins d'obtenir une indemnité, le Conseil fait une place à part à celui qui résulte de la loi du 23 avril 1919, fixant à huit heures la durée maximum de la journée de travail. Statuant sur un marché contemporain des travaux préparatoires et de la discussion de cette loi, le Conseil d'Etat refuse avec raison de la considérer comme imprévue : « Considérant », décide-t-il dans l'arrêt précité, « que la société soutient que, par suite des sujétions occasionnées par la loi du 23 avril 1919..., elle a droit, d'une part, pour circonstances de force majeure, à l'exonération des pénalités à elle infligées et, d'autre part, à une indemnité à raison du bouleversement de son contrat ;

« Considérant qu'à la date où le marché a été passé, les effets de la réduction de la journée de travail, qui a été réalisée peu après par la loi précitée, n'ont pas pu ne pas

« être envisagés par les parties; que, dès lors, la société
 « requérante ne saurait soutenir que l'application de ladite
 « loi a constitué une circonstance exceptionnelle et impré-
 « visible, de nature à justifier l'exonération des pénalités et
 « l'allocation d'une indemnité (1). »

Restent d'autres causes de renchérissement, dont le Conseil refuse également de tenir compte dans les termes que voici :

« Sur le relèvement de prix demandé en raison des autres
 « causes de renchérissement des matières premières et de la
 « main-d'œuvre:— Considérant que, parmi les autres causes
 « qui ont amené en fait un renchérissement des matières
 « premières et une augmentation du prix de la main-d'œu-
 « vre, aucune ne saurait être regardée comme n'ayant pu
 « entrer dans les prévisions des parties lors de la signature
 « du contrat; qu'ainsi, la demande d'indemnité de ce chef
 « doit être rejetée. »

Dans certains cas, le Conseil ajoute à ces motifs un argument tiré des termes du contrat :

« Considérant, lit-on dans l'arrêt du 28 juin 1922, Société des Phares Ducellier, « que si le marché du 5 avril 1919 sti-
 « pulait que le prix de la fourniture subirait un pourcen-
 « tage de baisse égal à celui que le cours de la tôle... pourrait
 « subir pendant le cours du marché, aucune clause ne pré-
 « voyait une majoration des prix, pour le cas où, au con-
 « traire, une élévation se produirait dans le cours de la
 « tôle ».

L'argument *a contrario* tiré de la clause du marché résumée dans l'arrêt précité n'a, observons-le, de valeur que dans la mesure où l'aléa survenu est un aléa normal. Or, comme on l'a vu plus haut, jusqu'au mois d'avril 1919, époque à laquelle a traité la Société des Phares Ducellier, les prix n'avaient pas cessé de baisser, et la croyance était unanime à un retour progressif aux circonstances économiques antérieures à la guerre. Ainsi, les décisions du Conseil rela-

1. Cf. 28 juin 1921, *Société des Phares Ducellier*; 3 août 1922, *Société Vierzonnaise de Constructions*, précités.

tives aux marchés d'après-guerre apparaissent nettement, quand on examine les conditions d'exécution de ces marchés, comme beaucoup plus rigoureuses que les décisions relatives aux marchés conclus pendant la guerre; elles s'écartent manifestement des idées génératrices de la théorie de l'imprévision.

CONCLUSION

Il n'est pas inutile, à la fin de cette étude, de résumer l'évolution de la théorie de l'imprévision en ce qui concerne les marchés de fournitures.

Elle a ses racines dans la jurisprudence fort ancienne du Conseil d'Etat, qui attribue une indemnité au fournisseur lésé dans ses droits contractuels par un acte de la puissance publique. Vers la fin du Second Empire, le Conseil d'Etat passe, en effet, par une série d'arrêts analysés ci-dessus, de cette jurisprudence à la théorie nouvelle de l'imprévision; par degré, il assimile, dans leurs effets, aux actes d'autorité qui n'ont pu entrer dans les calculs des entrepreneurs, les événements imprévus et indépendants de la volonté des parties; toute distinction s'efface à cet égard entre les actes de l'Administration contractante et les événements fortuits, et la simple survenance de circonstances imprévisibles fait naître au profit du fournisseur un droit à indemnité.

Désormais, la théorie de l'imprévision est fondée. Les fournisseurs dont l'exploitation se trouve troublée par les conséquences économiques de la guerre de 1870 tentent de s'en prévaloir. Elle reçoit alors quelques applications manifestes, dont l'une, l'arrêt Wittersheim du 20 avril 1877, a un certain retentissement.

Des arrêts, assez sommairement motivés il est vrai, qui consacrent jusqu'à cette époque la théorie de l'imprévision, se dégagent le principe suivant : non seulement le débi-

teur d'une obligation doit être exonéré des cas de force majeure proprement dits, mais encore il n'est pas astreint à subir les risques afférents aux simples difficultés d'exécution, si elles ont échappé aux prévisions qu'il a pu raisonnablement faire, et les circonstances imprévues sont ainsi mises à la charge de l'Administration contractante.

L'apparition de la théorie de l'imprévision est bientôt suivie d'une période de régression. Deux raisons peuvent expliquer ce mouvement de réaction : d'une part, la stabilité des circonstances économiques, d'autre part, semble-t-il, une tendance, dans la doctrine et la jurisprudence, à assimiler les marchés de fournitures aux contrats du droit privé.

Après cette période d'éclipse, la théorie de l'imprévision reparaît dans les premières années de ce siècle. En même temps, elle commence à se modifier sous l'empire de conceptions nouvelles sur la nature des contrats administratifs ; ces conceptions peuvent se résumer ainsi : la bonne gestion des services publics prime la stricte exécution des contrats passés en vue d'assurer ces services ; l'Administration a donc le droit, dans toute la mesure où l'exige l'intérêt général, d'adapter le contrat aux besoins du service public, sans être tenue, vis-à-vis du fournisseur, d'aucune autre obligation que de lui attribuer une juste indemnité.

Ce système conduit, dans le domaine de la théorie de l'imprévision, à refuser à l'entrepreneur la faculté d'interrompre l'exécution de son marché, et à limiter ses droits à l'obtention d'une équitable compensation pour les charges exceptionnelles qu'il a subies. Déjà, dans l'arrêt Olmer et Hesbert du 14 novembre 1902, s'affirme cette idée que le fournisseur ne saurait légitimement se prévaloir des circonstances imprévues pour obtenir la résiliation de son marché ; mais cette idée, momentanément rejetée dans l'arrêt Labeye du 8 novembre 1911, ne triomphe définitivement que dans l'arrêt du 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*. Dans cette affaire, le Conseil, adoptant les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Chardenet, assigne à la théorie de l'imprévision un double fondement :

D'une part, l'intention présumée des parties, qui ne peu-

vent être tenues que dans la limite de leurs prévisions;

D'autre part, l'intérêt général, qui autorise l'Administration à contraindre le traitant, nonobstant la commune intention des parties, à exécuter son contrat en dépit des difficultés survenues.

Le Conseil concilie ces deux principes contraires, en accordant une indemnité à l'entrepreneur contraint de poursuivre ainsi l'accomplissement de ses obligations.

Toute la jurisprudence postérieure, en ce qui concerne les marchés de fournitures, repose sur les bases qui viennent d'être résumées.

Puisque l'intention des parties est de limiter les risques de chacune d'elles aux aléas normaux, il faut nécessairement examiner, dans chaque cas, si les difficultés rencontrées par le fournisseur ont ou non un caractère exceptionnel. Si, dans les marchés conclus avant la guerre et exécutés depuis, l'existence de l'imprévision ne peut faire aucun doute, il n'est pas de même dans les contrats postérieurs à l'ouverture des hostilités. La détermination de cette existence est alors fort délicate. Il n'est point besoin d'ajouter que les conditions d'exécution des contrats, extrêmement diverses et changeantes, en font une pure question d'espèce. En ce qui concerne les conventions d'une certaine durée, le Conseil paraît bien en juger ainsi, puisqu'il fonde ses décisions sur des considérations propres à l'affaire envisagée. Dans les marchés à court terme au contraire, il fait abstraction des circonstances spéciales à chaque espèce et décide, d'une manière presque générale, qu'à la date où le fournisseur a traité, il a dû envisager toutes les difficultés pouvant résulter de l'état de guerre. L'application, presque sans tempérament, de cette règle abstraite aboutit à un recul manifeste de la théorie de l'imprévision.

C'est encore à une restriction du domaine de la théorie de l'imprévision que conduit, pendant quelque temps tout au moins, le second des principes de l'arrêt de 1916, l'intérêt général. En vertu de ce second principe, le Conseil fait, entre les marchés, une distinction qui était demeurée, semble-t-il, à peu près étrangère à sa jurisprudence anté-

rière à la guerre. Limitant l'application de la théorie de l'imprévision aux seules conventions d'intérêt général, il en restreint tout d'abord le bénéfice aux contrats de longue durée. Mais bientôt, la rigueur de cette jurisprudence s'atténue, et le Conseil paraît en revenir à l'application de la théorie de l'imprévision à tous les marchés, quels qu'ils soient, où le fournisseur a rencontré des difficultés exceptionnelles.

Dans sa rigueur logique, la théorie de l'imprévision aurait dû conduire le Conseil d'Etat, dans tous les cas où il la déclare applicable, à exonérer complètement le fournisseur des conséquences préjudiciables de la situation imprévue. Or, il n'en est rien; le Conseil procède, au contraire, comme on l'a vu, à une ventilation des pertes extracontractuelles entre les parties.

Une telle solution, qui étonne au premier abord, s'explique par des raisons étrangères à la théorie de l'imprévision. De tout temps, le Conseil a envisagé d'une manière concrète les situations sur lesquelles il statue. Il fonde en fait ses décisions dans les premières applications de la théorie de l'imprévision, alors qu'il n'a point encore, sur ce point, de système bien arrêté. Et plus tard, lorsque les grandes lignes de sa théorie sont dégagées, ce sont encore, malgré tout, des raisons de fait qui emportent, dans la majorité des cas sa décision.

Aux principes de la théorie de l'imprévision viennent s'ajouter des considérations qui lui sont étrangères, en particulier l'idée que le but à atteindre avant tout est de rétablir l'équilibre des prestations réciproques, pour assurer la continuation du marché. Dominé par cette raison d'ordre pratique, le Conseil refuse l'application de la théorie de l'imprévision dans tous les cas où l'équilibre financier de l'entreprise n'est pas compromis. Inversement, si l'économie du contrat se trouve bouleversée, il a soin de limiter, en tout état de cause, la part de pertes laissée à la charge du fournisseur à un chiffre tel que l'existence de l'entreprise ne puisse en être affectée. En d'autres termes, la notion de l'équilibre des prestations réciproques tend,

dans la pratique, à l'emporter sur les principes de l'arrêt de 1916 et telle est, semble-t-il, la cause profonde du défaut d'harmonie qui paraît exister entre la théorie de l'imprévision et les solutions adoptées par le Conseil d'Etat.

Vu : le Président de la thèse,
RENÉ JACQUELIN

Vu : le Doyen,
H. BERTHÉLEMY

Vu et permis d'imprimer
le Recteur de l'Académie de Paris,
P. LAPIE

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5
CHAPITRE PREMIER. — Sources de la théorie de l'imprévision dans les marchés de fournitures.....	13
§ 1 ^{er} . — Stipulations contractuelles accordant une in- demnité aux fournisseurs et entrepreneurs.....	14
§ 2. — Théorie indemnitaire au cas d'aggravation des charges contractuelles du fournisseur par un acte de la puissance publique.	17
CHAPITRE II. — La théorie de l'imprévision avant la guerre de 1914.....	26
§ 1 ^{er} . — Première période : période antérieure aux der- nières années du Second Empire	26
§ 2. — Premières applications de la théorie de l'impré- vision.....	31
§ 3. — Arrêts rendus sur les marchés passés pendant la guerre de 1870	37
§ 4. — Applications de la théorie de l'imprévision dans la période comprise entre 1885 et 1914.....	43
CHAPITRE III. — Arrêt du 30 mars 1916. Construction juri- dique de la théorie de l'imprévision.	54
Section I. — Fondement de la théorie de l'imprévision	56
§ 1 ^{er} . — Fondement contractuel	56
§ 2. — L'intérêt général, second fondement de la théo- rie de l'imprévision	63
Section II. — Conditions d'existence et effets de l'imprévi- sion	68
CHAPITRE IV. — Marchés de fournitures conclus avant la guerre et exécutés pendant la durée de celle-ci	74
Section I. — Formation de la jurisprudence.....	76
§ 1 ^{er} . — Premières applications.....	76
§ 2. — Motifs de la décision du Conseil d'Etat dans l'af- faire du Gaz de Poissy.....	81

<i>Section II.</i> — Etendue du champ d'application de la théorie de l'imprévision en ce qui concerne les marchés de fournitures.....	86
§ 1 ^{er} . — Conceptions de M. le Commissaire du Gouvernement Corneille.....	86
§ 2. — Jurisprudence du Conseil d'Etat.....	90
<i>Section III.</i> — Conditions d'application et effets de la théorie de l'imprévision.....	97
§ 1 ^{er} . — Conditions d'application de la théorie de l'imprévision.....	97
§ 2. — Effets de l'imprévision dans les marchés de fournitures.....	103
<i>Section IV.</i> — Détermination de l'indemnité à revenir aux fournisseurs.....	112
CHAPITRE V. — Les marchés conclus depuis la déclaration de guerre.....	124
<i>Section I.</i> — Les marchés passés pendant la guerre et l'imprévision. Classification de ces marchés d'après leur durée.....	124
<i>Section II.</i> — Les marchés de courte durée conclus pendant la guerre.....	129
§ 1 ^{er} . — Variations de la jurisprudence du Conseil d'Etat.....	129
§ 2. — Motifs d'exonération invoqués par les fournisseurs dans les marchés de courte durée. Raisons de leur rejet par le Conseil d'Etat.....	136
§ 3. — Sanction de l'inexécution des obligations du fournisseur dans les marchés de courte durée.....	150
§ 4. — Arrêts exonérant le fournisseur des conséquences des difficultés survenues.....	151
<i>Section III.</i> — Les marchés d'une certaine durée.....	156
<i>Section IV.</i> — Les marchés conclus après la guerre.....	165
CONCLUSION.....	171

6941. — Imprimerie Jouve et Cie, 15, rue Racine, Paris. — 1-1926
